[فصل دوم 9](#_Toc367557713)

[2-1.مقدمه 10](#_Toc367557715)

[2-2.واژه شناسی ضمانت نامه بانکی 11](#_Toc367557716)

[2-3.تعريف ضمانت نامه 11](#_Toc367557717)

[2-4.تعريف اعتبار اسنادي 12](#_Toc367557718)

[2-5.وجه تسمه 12](#_Toc367557719)

[2-6.اهميت و كاربرد ضمانت نامه بانكي 12](#_Toc367557720)

[2-7.اقسام ضمانت نامه بانكي 13](#_Toc367557721)

[2-7-1.از نظر حقوقی 13](#_Toc367557722)

[2-7-2.از نظر هدف پرداخت 14](#_Toc367557723)

[2-7-3.شرایط پرداخت 15](#_Toc367557724)

[2-7-4.از نظر تعداد ضامن ها 16](#_Toc367557725)

[2-8.انواع ضمانت نامه 16](#_Toc367557726)

[2-8-1.ضمانت نامه شركت در مناقصه يا مزايده 17](#_Toc367557727)

[2-8-2.ضمانت نامه حسن انجام تعهدات 18](#_Toc367557728)

[2-8-3.ضمانت نامه پيش پرداخت 19](#_Toc367557729)

[2-8-4.ضمانت نامه استرداد كسور وجه الضمان 19](#_Toc367557730)

[2-8-5.ضمانت نامه حسن انجام خريد 19](#_Toc367557731)

[2-8-6.ضمانت نامه گمركي 20](#_Toc367557732)

[2-8-7.ضمانت نامه تعهد پرداخت 20](#_Toc367557733)

[2-8-8.ضمانت نامه هاي متفرقه 20](#_Toc367557734)

[2-9.تشريفات صدور ضمانت نامه 20](#_Toc367557735)

[2-10.نظريه علت تعهد در ضمانت نامه بانكي 21](#_Toc367557736)

[2-10-1. نظريه "سند مجرد" 21](#_Toc367557737)

[2-10-2. سپرده يا وثيقه دستور دهنده 22](#_Toc367557738)

[2-10-3. قرارداد پايه 22](#_Toc367557739)

[2-11.پشتوانه صدور ضمانت نامه 23](#_Toc367557740)

[2-12.استقلال ضمانت بانكي 24](#_Toc367557741)

[2-12-1. غير قابل استناد بودن ايرادات 25](#_Toc367557742)

[2-12-2. سوء استفاده آشكار 26](#_Toc367557743)

[2-13.مشخصات ضمانت نامه 27](#_Toc367557744)

[2-14.تمديد ضمانت نامه بانكي 27](#_Toc367557745)

[2-15.جلوگيري از پرداخت ضمانت نامه 28](#_Toc367557746)

[2-15-1. دستور منع پرداخت ساده 29](#_Toc367557747)

[2-15-2. دستور منع پرداخت از مرجع قضايي 30](#_Toc367557748)

[2-15-3. تأمين خواسته 31](#_Toc367557749)

[2-15-4. نقش بانك صادر كننده ضمانت نامه 34](#_Toc367557750)

[2-16.آئين نامه صدور ضمانت نامه 34](#_Toc367557751)

[2-17.نظام حقوقي ضمانت نامه بانكي 36](#_Toc367557752)

[2-18.وثايق و تضمينان قابل قبول جهت صدور ضمانت نامه 37](#_Toc367557753)

[2-18.مسؤوليت هاي متعلق به طرفين قراردادها در عقد ضمان 38](#_Toc367557754)

[2-19.چارچوب نظری مدل پژوهش 38](#_Toc367557755)

[2-19.واکاوی ادبیات پژوهش 39](#_Toc367557756)

[2-19-1.واکاوی ادبیات پژوهش در جهان 39](#_Toc367557757)

[2-19-2.واکاوی ادبیات پژوهش در ایران 42](#_Toc367557758)

فصل دوم

واکاوی ادبیات پژوهشی

# 2-1.مقدمه

اعتبار اسنادي روش جاري پرداخت در قراردادهاي بين المللي فروش كالا و خدمات است. هنگامي كه خريدار و فروشنده در دو كشور مختلف اقامت دارند، از جهت تسليم مبيع و پرداخت ثمن به يكديگر دسترسي ندارند، براي حل اين مشكل از بانكهاي دو كشور به منظور پرداخت ثمن و تسليم مبيع يا اسناد و مدارك مالكيت مبيع بهره گرفته مي شود، امروزه با افزايش مبادلات بين المللي، از اعتبارات اسنادي به عنوان يك وسيله موثر براي پرداخت ثمن و تسليم مبيع استفاده مي شود. فروشنده اي كه در كشور ديگري غير از محل اقامت خريدار است اگر كالا را به اميد پرداخت ثمن از طرف مشتري حمل و ارسال كند با خطر از دست دادن كالا و عدم دريافت ثمن مواجه مي شود و هر گاه خريدار از پرداخت ثمن خودداري كند فروشنده بايد در دادگاه محل اقامت خريدار كه براي او بيگانه است اقامه دعوي كند. خريدار نيز اگر به پرداخت ثمن مبادرت كند، ممكن است با خطر عدم تسليم مبيع از طرف فروشنده مواجه گردد و صرف اقامه دعوي در دادگاه هاي محل اقامت فروشنده كه براي او بيگانه است، چاره كافي براي او نخواهد بود. ولي با به كارگرفتن شيوه اعتبار اسنادي اين خطرات برطرف مي شوند، در واقع بانكها با پذيرش نوعي نمايندگي از طرف خريدار و فروشنده عمل پرداخت ثمن و تسليم مبيع را به عهده مي گيرند(کاشانی،1385).

ضمانت نامه هاي یکی از ابزارهاي مهم در آمدي براي بانک ها محسوب می گردد از آنجایی که ضمانت نامه ها براي بانک تعهد آور بوده و اهمیت آن عینا پرداخت تسهیلات می باشد از این رو شعب می بایستی در زمان صدور ضمانت نامه اطلاعات لازم را از ضمانت خواه اخذ نموده و از نظر توان مالی ، ظرفیت اعتباري وتوانایی هاي وي اطمینان حاصل نماید.

در این فصل ابتدا به تعریف ضمانت نامه بانکی پرداخته شده سپس به تشریح انواع مختلف ضمانت نامه بانکی پرداخته شده و در اخر نیز واکاوی ادبیات پژوهشی در جهان و ایران آمده است .

# 2-2.واژه شناسی ضمانت نامه بانکی

در علم حقوق اصطلاحات نقش مهمي در بيان و انتقال معاني دارند. بنابراين، قبل از ورود به بحث اصلي، لازم مي آيد كه اصطلاحات و واژه هايي را كه در عرف بانكي و تجاري براي ناميدن روابط حقوقي و طرف هاي يك ضمانت نامه به كار مي رود، بيان كنيم:

الف ـ شخصي كه ضمانت نامه به نفع او صادر مي شود و حق مطالبه آن را دارد «ذينفع» ناميده[[1]](#footnote-1) مي شود.

ب ـ «متعهد اصلي»[[2]](#footnote-2) شخصي است كه به اعتبار تعهد پايه و اصلي خود دستور صدور ضمانت نامه را به بانك مي دهد و گاه به او «دستور دهنده»[[3]](#footnote-3) نيز مي گويند كه در قراردادهاي پيمانكاري، پيمانكار است.

ج ـ بانك ضامن يا صادر كننده ضمانت نامه را «ضامن» يا «بانك صادركننده»[[4]](#footnote-4) مي گويند.

د ـ قراردادي را كه ميان متعهد اصلي و ذينفع است و ضمانت نامه براي تضمين آن صادر مي شود، «قرارداد پايه»[[5]](#footnote-5) مي خوانند(غمامی،1378).

# 2-3.تعريف ضمانت نامه

ضمانت نامه بانكي نوشته ايست معتبر و مستند كه ضمن آن، بانك صادر كننده ضمانت نامه به صورت بدون قيد و شرط، تعهد مي كند كه هر گاه متقاضي صدور ضمانت نامه از ايفاي تعهد خود در مقابل طرف قرار داد معامله امتناع ورزد، بانك، وجه مورد تعهد مندرج در متن ضمانت نامه را به درخواست و مطالبه متعهدله به او بپردازد.

موضوع تعهد ممكن است پرداخت وجه از طرف مديون در وجه داين باشد يا انجام عملي از طرف متعهد به نفع متعهد له حسب قرارداد.

در حال حاضر، طبق رديف 15 ماده 2 قانون عمليات بانكي بدون ربا، صدور تأييد و قبول ضمانت نامه ارزي و ريالي براي مشتريان جزو وظايف نظام بانكي كشور مي باشد(پیروز فر،1380).

# 2-4.تعريف اعتبار اسنادي

اعتبار اسنادي نيز نوعي ضمانت نامه بانكي است. در تعريف آن گفته شده است:

"اعتبار اسنادي عبارت از التزام صادر كننده اعتبار، كه معمولاً يك بانك است و به صورت اعتبار به تقاضاي مشتري بانك گشايش مي شود و بانك را مكلّف مي سازد به شرط رعايت شرايط مقرّر در اعتبار اسنادي از جانب ذي نفع، وجه مذكور در اعتبار اسنادي را به ذي نفع يا به حواله كرد وي پرداخت كند".(کاشانی،1385)

# 2-5.وجه تسمه

نوشته موصوف از ابتدا «ضمانت نامه» ناميده شده است و با توجه به آيين نامه صدور ضمانت نامه، مصوب شوراي پول و اعتبار در مواد 1 و 7 آن كلمات مضمون عنه و مضمون له بكار برده شده است كه وجه تسميه نوشته بانك مشخص و معلوم مي شود. در نتيجه، از لحاظ انطباق عمل بان با ضوابط قانوني، عقد ضمان را در اين مورد ساري و جاري دانسته اند. با اين ترتيب، بانك را «ضامن»، متقاضي ضمانت و به عبارت ديگر، متعهد را «مضمون عنه» و متعهد له را «مضمون له» مي نامند.

البته تطبيق يا عدم تطبيق مسأله با عقد ضمان بحث ديگري دارد كه در جاي خود اجمالاً توضيح داده خواهد شد.

لازم به ذكر است كه در متن چهار فقره ضمانت نامه (شركت در مناقصه ـ انجام تعهدات ـ پيش پرداخت ـ استرداد كور وجه الضمان ) كه در تاريخ 27/7/73 از طرف بانك مركزي جمهوري اسلامي ايران به بانك ها ابلاغ شده، در عين حال كه كماكان كلمه «ضمانت نامه» بكارگرفته شده، لكن مقرر شده است كه نام شركت پيمانكار (مضمون عنه) و نام دستگاه اجرايي (مضمون له) در متن ضمانت نامه نوشته شد(پیروز فر،1380).

# 2-6.اهميت و كاربرد ضمانت نامه بانكي

ضمانت نامه بانكي يكي از ابزارهاي متداول در قراردادهاي داخلي و بين المللي است. ضمانت نامه در واقع نوعي وثيقه شخصي[[6]](#footnote-6)است كه براي تضمين و امنيت بخشيدن به تعهدات قراردادي صادر مي شود. اين گونه از وثايق هنگامي به كار مي آيند كه تعهدات مزبور اجرا نمي شوند يا به طور كامل و مطلوب تحقق نمي پذيرند.

ضمانت نامه بانكي در ميان عقود مرسوم، بيشتر به عقد ضمان شباهت دارد. با وجود اين، بايد دانست كه مقايسه اين دو و استفاده از راه حلها و قواعد ضمان در ضمانت نامه بانكي بطور كامل امكان پذير نيست و شباهت اين دو، همان گونه كه خواهيم ديد، بيشتر از جهت غايت است تا ساختار مادّي و ماهوي.

ضمانت نامه هاي بانكي برخاسته از عرف بازرگاني و بانكي هستند و قواعد مربوط به آنها را رويه قضايي از همين عرف استنباط و اعلام كرده است و قانون در اين زمينه نقش چندان مهمي ندارد.

ضمانت نامه بانكي كاربردهاي گوناگوني دارد: بطور مثال، هنگامي كه خريداري مي خواهد از طريق مناقصه كالايي را خريداري كند و بيم دارد كه برنده مناقصه پيشنهاد خود را ناديده گرفته و از قبول معامله خودداري ورزد، از او ضمانت نامه اجراي مناقصه[[7]](#footnote-7) طلب مي كند تا بدين سان خسارت احتمالي عدم التزام به مناقصه را جبران سازد. يا فروشنده اي كه با خريدار خارجي طرف معامله است، مي تواند برقراردادهاي دراز مدت كه ثمن به اقساط پرداخت مي شود، از خريدار ضمانت نامه پرداخت ثمن مطالبه كند، يا كارفرمايي كه اجراي يك طرح عظيم صنعتي را به پيمانكار مي سپارد از او ضمانت نام حسن انجام كار[[8]](#footnote-8) مي ستاند.

اين استفاده گسترده از ضمانت نامه هاي بانكي، جمع آوري و مطالعه قواعد حكم بر آن را الزام مي نمايد و اهتمام نگارنده در اين مقاله آن است كه با استفاده از تجارب ديگران باب تأمل در نظام حقوقي ضمانت نامه هاي بانكي را بگشايد(غمامی،1378).

# 2-7.اقسام ضمانت نامه بانكي

ضمانت نامه ها اقسام گوناگوني دارند كه در اين كليات اشاره به آنها ضروري است.

# 2-7-1.از نظر حقوقی

از حيث قالب حقوقي يا به تعبير فلسفي، علت مادي، ضمانت نامه بر دو قسم است:

الف ـ ضمانت نامه بانكي به معناي اخص، كه وسيله تضمين تعهدات قراردادي طرفين بوده و صدور آن يكي از عمليات مرسوم بانكي در قالب ويژه خود است. در تعريف آن گفته شده است: نوعي از تضمين قراردادي است كه يك طرف قرارداد را در برابر زيان ناشي از ناتواني يا خودداري طرف ديگر پيمان حمايت مي كند و معمولاً در طرح هاي ساختماني دولتي به كار مي رود.

تعريف كامل تر آن نيز چنين است: «ضمانت نامه مستقل، تعهد پرداخت مبلغ معيني وجه نقد است كه راجع به يك قرارداد پايه و به عنوان تضمين اجراي آن، پذيرفته شود.

اين ضمانت نامه يك تعهد مستقل از قرارداد موضوع تضمين بوده و داراي اين ويژگي است كه ايرادات مربوط به قرارداد پايه، نسبت به آن قابل استناد نيست.»

بدين سان ضمانت نامه بانكي تعهدي است از سوي بانك مبني بر پرداخت وجه معيني به ذينفع كه متعهدله قرارداد اصلي است، به منظور اجتناب از خطري كه او را تهديد مي كند كه غالباً عدم اجراي قرارداد پايه است.

ب ـ اعتبار اسنادي تضميني، كه خود گونه اي از اعتبارات اسنادي است كه به موجب آن بانك گشاينده اعتبار به درخواست مشتري خود، مكلّف و متعهد مي شود تا مبلغي را مطابق شرايط اعتبار به ذينفع بپردازد. اين گونه اعتبارات تابع مقررات متحدالشكل اعتبارات اسنادي هستند (ماده 1 مقررات متحدالشكل اعتبارات اسنادي U.C.P) ليكن از جهت كاربرد و شرايط پرداخت با ديگر اعتبارات تفاوت دارند. ساير اعتبارات اسناديف وسيله پرداخت و انجام تعهد به شمار مي آيند و بانك بايد پس از ارائه اسناد از سوي ذينفع و بررسي آنها، مبلغ اعتبار را بپردازد. ولي اعتبار تضميني زماني به كار مي رود كه تعهد انجام نمي گيرد و مطالبه آن اصولاً مستلزم ارائه اسناد نيست. در واقع، اين قسم اعتبار جانشين ضمانت نامه بانكي در روابط تجاري بين المللي و همچنين در كشورهايي كه بانكها قانوناً از صدرو ضمانت نامه منع شده اند، است(غمامی،1378).

# 2-7-2.از نظر هدف پرداخت

ضمانت نامه را به اعتبار هدف پرداخت يا علت غايي مي توان بر سه قسم تقسيم كرد:

الف ـ ضمانت نامه حسن انجام كار، كه براي تأمين اجراي متعارف و صحيح مفاد قرارداد پايه صادر مي شود و در واقع ابزار جبران خسارت ناشي از عدم انجام كامل تعهد است.

ب ـ ضمانت نامه استرداد پيش پرداخت، ضمانت نامه اي است براي تضمين استرداد مبلغ پيش پرداخت قرارداد پايه در صورت فسخ يا بطلان آن.

ج ـ ضمانت نامه شركت در مناقصه يا مزايده، ضمانت نامه اي است براي پايبندي شركت كننده در مناقصه يا مزايده به پيشنهاد خود كه پيشتر در ضمن مثال توضيح داده شد.

# 2-7-3.شرایط پرداخت

ضمانت نامه را با ملاحظه شرايط پرداخت آن مي توان به دو گونه تقسيم كرد:

الف ـ ضمانت نامه مطلق يا عندالمطالبه[[9]](#footnote-9) : طبيعت ضمانت نامه هاي بانكي ايجاب مي كند كه پرداخت آن به هيچ شرطي مقيد نگردد و بانك به صرف تقاضاي ذينفع مبلغ آن را بپردازد، در اين صورت ضمانت نامه را مطلق يا عندالمطالبه مي نامند زيرا به محض اولين مطالبه، بانك مكلف به پرداخت است.

ب ـ ضمانت نامه مشروط: پرداخت مبلغ اين گونه ضمانت نامه ها معمولاً منوط به ارائه يك سند، مانند حكم يا قرار دادگاه به نفع ذينفع يا گواهي يك شخص ثالث مبني بر استحقاق ذينفع و يا حتي گواهي كتبي خود او دائر بر خطاي متعهد اصلي يا پيمانكار است. اعتبارات اسنادي تضميني علي العمومي اين گونه هستند. البته در چنين ضمانت نامه هايي، اصلي جاري است به نام اصل رعايت دقيق و مو به موي شرايط ضمانت نامه[[10]](#footnote-10). با اين توضيح كه هر گونه شرط يا مدركي كه ارائه آن در ضمانت نامه پيش بيني شده است بايد جزئيات آن به روشني در متن ضمانت نامه تصريح گردد و بانك نيز بايستي در مقايسه مدارك ارائه شده با شرايط، انطباقي دقيق انجام دهد(غمامی،1378).

# 2-7-4.از نظر تعداد ضامن ها

ضمانت نامه ها از حيث تعداد ضامن ها بر دو گونه هستند:

الف ـ ضمانت نامه منفرد يا مستقيم: ضمانت نامه اي است كه با توجه به آنچه تاكنون گفته شد از سوي يك بانك صادر مي شود و متعهد پرداخت آن، يعني بانك، واحد است.

ب ـ ضمانت نامه متقابل يا غير مستقيم[[11]](#footnote-11): در اين فرض تعهد بانك به وسيله بانك ديگر و با صدور ضمانت نامه اي ديگر تضمين مي شود. اين گونه ضمانت نامه در قراردادهاي بين المللي متداول است. در چنين مواردي متعهد اصلي كه غالباً يك خارجي است، از بانك خود مي خواهد كه تعهد او را تضمين كند و اين بانك كه بانك اول ناميده مي شود از بانك كشور ذينفع مي خواهد كه ضمانت نامه اي براي ذينفع صادر كند و در عين حال براي تضمين اين پرداخت خود ضمانت نامه اي براي بانك دوم صادر مي كند.

چنانچه ذينفع، ضمانت نامه بانك دوم را وصول كند، اين بانك مي تواند ضمانت نامه بانك نخست را مطالبه نمايد. در اين فرض هيچگونه رابطه قراردادي مستقيمي ميان متعهد اصلي و بانك دوم وجود ندارد و به همين اعتبار آن را ضمانت نامه غير مستقيم مي نامند. قاعده حل تعارض در خصوص ضمانت نامه هاي بانكي علي القاعده صلاحيت قانون متبوع بانك صادر كننده است ودر خصوص ضمانت نامه هاي متقابل نيز در مورد هر بانك اجرا مي شود، بانك اول تابع قانون خود و بانك دوم تابع قانون خود خواهند بود(غمامی،1378).

# 2-8.انواع ضمانت نامه

ضمانت نامه هاي بانك به دليل متنوع بودن تعهداتي كه مضمون عنه در قبال مضمون له بعهده دارد و با توجه به عرف بانكداري شامل انواع زير مي باشد:

1 ـ ضمان نامه شركت در مناقصه و يا مزايده

2 ـ ضمانت نامه انجام تعهدات

3 ـ ضمانت نامه پيش پرداخت

4 ـ ضمان نامه استرداد كسور وجه الضمان

5 ـ ضمانت نامه حسن انجام خريد (كار)

6 ـ ضمانت نامه گمركي

7 ـ ضمانت نامه تعهد پرداخت

8 ـ ساير ضمانت نامه ها (متفرقه)

# 2-8-1.ضمانت نامه شركت در مناقصه يا مزايده

شركت ها، سازمانها و مؤسسات دولتي معمولاً براي خريد يا فروش اموال خود از طريق مناقصه و مزايده و براي اجراي پروژه هاي خود يا تأمين خدمات مورد نياز خود از طريق مناقصه عمل مي نمايند. براي اين منظور مراتب در روزنامه هاي كثيرالانتشار آگهي و از اشخاص واجد شرايط براي شركت در مزايده و يا مناقصه دعوت به عمل مي آيد.

سپس پيشنهادات دريافت شده مورد بررسي قرار گرفته و پيشنهادات رديف هاي 1 و 2 و 3 كه نسبت به ساير پيشنهادات داراي قيمت بهتري باشند انتخاب مي شوند. انتخاب رديف هاي 2 و 3 پيشنهادها، از آن جهت است كه در صورت عدول برنده اول از پيشنهاد خود، از نفرات بعدي دعوت به عمل آيد.

اشخاص شركت كننده در مناقصه و يا مزايده بايستي همراه با پيشنهاد خود ضمانت نامه اي به كار فرما تسليم نمايند تا در صورت عدم انجام تعهد خود به نفع كارفرما ضبط گردد. اين ضمانت نامه ها را «ضمانت نامه شركت در مناقصه يا مزايده» مي گويند.

پس از تعيين و اعلام برنده ها، اصل ضمانت نامه ساير اشخاص كه پيشنهاد آنان مورد قبول قرار نگرفته، جهت ابطال به بانك مسترد مي گردد و ضمانت نام شخص برنده تا عقد قرارداد نهايي و تسليم «ضمانت حسن انجام تعهدات » همچنان نزد كارفرما باقي مي ماند و در صورت امتناع برنده از انعقاد قرارداد و تسليم ضمانت نامه حسن انجام تعهدات، ضمانت نامه وي توسط ذينفع مطالبه مي گردد. شايان ذكر است به موجب ماده 79 قانون محاسبات عمومي، معاملات وزارتخانه ها و سازمانهاي دولتي بايد به صورت مناقصه و يا مزايده صورت گيرد، مگر در مواردي كه طرف معامله وزارتخانه ها، مؤسسات و شركت هاي دولتي باشند و يا استثنائاتي كه در ماده قانوني مذكور قيد شده رعايت شده باشد. مبلغ تضمين شركت در مناقصه بر حسب درصدي از برآورد هزينه اجراي كار به شرح جدول زير تعيين مي شود.

جدول 2- 1مبلغ تضمين شركت در مناقصه(فقیهی،1389)

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| برآورد هزينه اجراي كار | تا 100 | مازاد بر 100 تا 1000 | مازاد بر 100 تا 000/000/1 | مازاد بر 000/000/1 |
| درصد | 5% | 5% | 3% | 2% |

# 2-8-2.ضمانت نامه حسن انجام تعهدات

اين نوع ضمانت نامه براي تضمين انجام به موقع تعهدات مضمون عنه (ضمانت خواه) در مقابل مضمون له (ذينفع) صادر مي گردد.

متداولترين اين نوع ضمانت نامه ها، تضمين حسن انجام تعهدات ناشي از امضاء پيمان است كه به منظور تضمين انجام تعهدات پيمانكار طبق مفاد قرارداد صادر مي گردد. تحويل اين نوع ضمانت نامه توسط پيمانكار جهت انعقاد قرارداد با كارفرما الزامي است. مبلغ اين نوع ضمانت نامه حداقل معادل 5 درصد مبلغ اوليه پيمان و به شرح جدول زير مي باشد(فقیهی،1389).

جدول 2- 2 مبلغ ضمانت نامه حسن انجام تعهدات(فقیهی،1389)

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| مبلغ اوليه پيمان | تا 30 | مازاد بر 30 تا 114 | | مازاد بر 114 | |
| درصد | 5 | 5 | | 5 | |
| 5/2 | 5/2 | 5/1 | 5/3 |

# 2-8-3.ضمانت نامه پيش پرداخت

براي شروع عمليات موضوع پيمان، جهت تجهيز كارگاه و يا تكميل تجهيزات معمولاً كارفرما درصدي از مبلغ قرارداد را به پيمانكار تحت عنوان پيش پرداخت در مقابل اخذ ضمانت نامه اي تحت همين عنوان پرداخت مي نمايد و اين ضمانت نامه به موازات پيشرفت كار و تهيه صورت وضعيت مرتباً از سوي كارفرما كاهش مي يابد. معمولاً ميزان پيش پرداخت 20 درصد مبلغ اوليه پيمان مي باشد كه قسط اول آن 8 درصد بلافاصله پس از تحويل زمين، قسط دوم آن معادل 5/6 درصد پس از تهيه 60 درصد ماشين آلات مورد نياز و تجهيز كارگاه و قسط سوم معادل 5/5 درصد بعد از آنكه پيمانكار بر طبق صورت وضعيت هاي ماهانه معادل 30 درصد مبلغ اوليه پيمان، كار انجام داده باشد، پرداخت مي گردد(فقیهی،1389).

# 2-8-4.ضمانت نامه استرداد كسور وجه الضمان

با وجود نظارت و آزمايش هاي مختلفي كه در طول مدت پيمان و در مقاطع مختلف اجراي كار توسط كارفرما به عمل مي آيد، معهذا كارفرما براي اطمينان از صحت انجام كار، مبالغي را به عنوان تضمين حسن اجراي كار (وجه الضمان) از مبلغ ناخالص صورت وضعيت هاي پيمانكار به ميزان 10 درصد هر صورت وضعيت كسر نموده و در حسابي نزد خود نگهداري مي نمايد كه بنا به تقاضاي پيمانكار و در مقابل ضمانت بانكي، مبلغ تضمين حسن اجراي كار را مي تواند به پيمانكار مسترد نمايد.

اين ضمانت نامه كه طبق تقاضاي پيمانكار و به نفع كارفرما توسط بانك صادر مي گردد به «ضمانت نامه استرداد كسور وجه الضمان» معروف است(فقیهی،1389).

# 2-8-5.ضمانت نامه حسن انجام خريد

اين ضمانت نامه به منظور صحت عمل پيمانكار خريد (كار) مطابق با سفارش خريد دريافت مي شود و پس از تحويل اجناس و مطابقت آن با سفارش انجام شده كلاً يا جزئاً باطل مي گردد (فقیهی،1389).

# 2-8-6.ضمانت نامه گمركي

صاحبان كالاهاي وارداتي براي ترخيص كالاي خود در صورتيكه نتوانند حقوق گمركي مربوطه را نقداً پرداخت نمايند بايستي معادل آن را به گمرك ضمانت نامه بانكي بسپارند.

اين ضمانت نامه ها ممكن است به سررسيد معين مثلاً 6 ماه ، 9 ماه و ... يا به صورت اقساطي صادر شوند.

با صدور ضمانت نامه فوق كه «ضمانت نامه گمركي» ناميده مي شود. يك نوع تعهد پرداخت براي بانك به وجود مي آيد و بانك در سررسيد معين يا در تاريخ اقساط تعيين شده بايستي وجه آنرا به اداره گمرك پرداخت نمايد. ضمان نامه هاي گمركي صادره از طرف بانكهاي داخلي به نفع هر يك از گمركات كشور، در صورتيكه در سررسيد مقرر واريز نگردند، مشمول پرداخت خسارت تأخير تأديه دين روزانه از قرار مبلغ يك ريال براي هر سه هزار ريال خواهد بود(فقیهی،1389).

# 2-8-7.ضمانت نامه تعهد پرداخت

اين نوع ضمانت نامه ها به منظور قبول پرداخت ديوني در سررسيد معين از طرف بانك صادر مي گردند. دريافت حداقل 20 درصد سپرده نقدي در ضمانت نامه تعهد پرداخت الزامي است (فقیهی،1389).

# 2-8-8.ضمانت نامه هاي متفرقه

علاوه بر انواع ضمانت نامه هاي ذكر شده ممكن است مضمون له (ذينفع) درخواست نوعي ضمانت نامه نمايد كه در قالب هيچ كدام از انواع ضمانت نامه ذكر شده نگنجد. لذا متن اين گونه ضمانت نامه ها از سوي مضمون له ديكته مي گردد. مانند ضمانت نامه براي مشمولين خدمت نظام وظيفه كه قصد خروج از كشور را دارند(فقیهی،1389).

# 2-9.تشريفات صدور ضمانت نامه

متقاضي صدور ضمانت نامه با مراجعه به بانك، درخواست صدور ضمانت نامه بانكي را مي نمايد. معمولاً در ابتدا قراردادي بين متقاضي و بانك امضا و مبادله مي شود(پیروز فر،1380).

# 2-10.نظريه علت تعهد در ضمانت نامه بانكي

ضمانت نامه بانكي، يك شيوه قراردادي است بنابراين بايد داراي شروط اساسي صحّت، از جهت اهليّت، رضاي طرفين، معين بودن موضوع و يك علّت مشروع باشد. سه شرط اول مسأله مهمي را در ضمانت نامه مطرح نمي سازند ولي مسأله علّت تعهد، در ضمانت نامه مورد بحث قرار گرفته و نظرات گوناگوني درباره آن ابراز شده است:

# 2-10-1. نظريه "سند مجرد"

پاره اي از آراء در دادگاه هاي فرانسه، ضمانت نامه را از اسنادي مي دانند كه از علّت خود جدا هستند و موجوديّت و صحّت آن، تابع علّت نيست. اين اسناد را در اصطلاح حقوقي، «سند مجرّد» يا اسنادي كه علت آنها بيان نمي شود مي نامند. مانند اسناد تجاري كه در متن آنها علت بدهكار بودن صادر كننده ذكر نمي شود. بر همين پايه، لُرددنينگ Lord Dening يكي از حقوقدانان مشهور انگليس، ضمانت نامه بانكي را به يك سفته عندالمطالبه تشبيه كرده است كه با اولين مطالبه از سوي دارنده سفته بايد پرداخت گردد. در سفته اي كه هيچ قيد و شرطي در آن موجود نيست، بدهكار نمي تواند علت بستانكاري را از دارنده آن مورد پرسش قرار دهد. در مورد چك نيز گفته شده است صدور چك دليل بر بدهكار بودن صادر كننده آن است. بنابراين ضمانت نامه بانكي هم به محض صدور داراي يك علت قانوني و مشروع است و نمي توان در زمينه علت تعهد بانك بحث كرد.

نظريه «سند مجرد» را نمي توان با عمل حقوقي يك جانبه يا ايقاع يكسان دانست. در ايقاع، اراده شخص واحد ايجاد كننده اثر حقوقي است ولي «سند مجرد» داراي يك علت واقعي است كه بيان نمي گردد. هنگامي كه بدهكار در مقام پرداخت بدهي خود يك سفته عندالمطالبه يا چك را امضاء مي كند و به بستانكار مي دهد، اين سفته يا چك داراي يك علت قانوني است كه همان بدهي امضاء كننده سفته يا چك به دارنده آن است ولي در متن اين اسناد هيچ اشاره اي به اين بدهي نمي شود وجود سفته يا چك در دست دارنده، دليل كافي بر بستانكاري بودن وي مي باشد(کاشانی،1385).

# 2-10-2. سپرده يا وثيقه دستور دهنده

بر پايه اين واقعيت كه بانك صادر كننده ضمانت نامه، هيچ رابطه بدهكاري در برابر ذي نفع ضمانت نامه نداشته است، هر گاه نظريه «سند مجرد» را كنار گذارده و به جستجوي علت تعهد بانك در يك ضمانت نامه بپردازيم اين پرسش مطرح مي شود كه علت تعهد بانك در برابر ذي نفع ضمانت نامه چيست؟ در اينكه تعهد بانك داراي يك علت است هيچ ترديدي نيست ولي چون تعهد بانك يك جانبه است و ذي نفع، هيچ تعهدي در برابر بانك ندارد، بنابراين علّت تعهد بانك را ضرورتاً بايد در خارج از ضمانت نامه جستجو كرد. بر پايه اين نظر مي توان گفت، تعهد بانك صادر كننده ضمانت نامه در برابر عوض و جبراني است كه دستور دهنده (پيمانكار يا متعهد) به صورت سپرده يا وثيقه و يا اعتبار در اختيار بانك مي گذارد. به عبارت ديگر، علت تعهد بانك در پرداخت ضمانت نامه اين است كه مي تواند از محل وثيقه سپرده شده از سوي بدهكار اصلي، آنچه را به ذي نفع ضمانت نامه پرداخت مي كند به دست آورد. ايرادي كه به اين تحليل حقوقي گرفته شده اين است كه چنين مفهومي از علت، در واقع يك انگيزه خصوصي براي بانك است و در چارچوب رابطه بانك و ذي نفع، داخل نيست. به عبارت ديگر يك انگيزه مشترك براي بانك و ذي نفع نيست تا بتوان آن را علت تعهد بانك دانست (کاشانی،1385(.

# 2-10-3. قرارداد پايه

تحليل حقوقي ديگري كه براي توجيه علت ضمانت نامه بانكي ارائه شده اين است كه چون در ضمانت نامه به قرارداد پايه اشاره مي شود بنابراين علت تعهد بانك در برابر ذي نفع را مي توان در تعهداتي جستجو كرد كه ذي نفع در برابر طرف قرار داد (دستور دهنده ـ طرف حساب) مي كند. براي مثال در قرارداد پيمانكاري، كارفرما با گرفتن ضمانت نامه، راضي به امضاي قرار داد و قبول تعهد در برابر پيمانكار مي شود. و يا در برابر گرفتن ضمانت نامه، پيش پرداختي به پيمانكار مي دهد يا او را براي شركت در يك مناقصه مي پذيرد. بنابراين علت واقعي تعهد بانك صادر كننده ضمانت نامه، امضاي قرارداد پايه با طرف قراردادي است كه چنين ضمانت نامه اي را تسليم مي كند.

چنين توجيهي از علت تعهد در ضمانت نامه بانكي و ارتباط دادن آن به قرارداد پايه با اصل استقلال ضمانت نامه برخورد مي كند. زيرا اگر قرارداد پايه ابطال يا فسخ شود، مفهوم آن اين است كه تعهد بانك نيز علت وجودي خود را از دست مي دهد. حال آنكه پيش از اين دانستيم كه چون بانك تعهد پرداخت را به گونه مستقل پذيرفته است، هيچ عذري براي خودداري از پرداخت آن به دليل از ميان رفتن علت صدور آن ندارد. همچنين در صورتي كه قرارداد پايه، داراي يك علت يا موضوع نامشروع يا برخلاف اخلاق باشد، استقلال ضمانت نامه و غير قابل استناد بودن ايرادات، مانع از آن است كه ضامن بتواند به نامشروع بودن علت قرارداد استناد كند. با اين حال پاره اي حقوقدانان در اين مورد چنين استدلال كرده اند كه اگر قرارداد اصلي نامشروع يا برخلاف اخلاق حسنه باشدش در اين صورت خود ضمانت نامه هم نامشروع است و براي اعلام بطلان آن نيازي به استناد به قرارداد پايه نيست تا با مانع غير قابل استناد بودن ايرادات برخورد كند.

در پايان اين بحث مي توان گفت اگر ضمانت نامه را يك «سند مجرد » تلقي نكنيم در اين صورت جستجوي علت مي تواند در پاره اي از موارد راه گشاي حل مسائل قضايي مربوط به ضمانت نامه باشد(کاشانی،1385).

# 2-11.پشتوانه صدور ضمانت نامه

نظر به اينكه امكان دارد بانك وجه ضمانت نامه را به ضمون له بپردازد، لازم است كه بانك از قبل براي پوشش و تأمين برگشت منابع بانك، از مضمون عنه وثيقه كافي اخذ كند. ماده 2 آيين نامه صدور ضمانت نامه انواع وثايق قابل قبول براي صدور ضمانت نامه را برشمرده است.

1 ـ وجه نقد يا طلا يا اسناد خزانه يا اوراق قرضه دولتي يا سپرده ثابت (در حال حاضر، سپرده سرمايه گذاري) يا اوراق قرضه الحسنه نزد بانك صادر كننده ضمانت نامه.

2 ـ تضمين بانك هاي معتبر خارجي.

3 ـ سفته با دو امضاي قابل قبول بانك ـ اموال غير منقول ـ برگ وثيقه انبارهاي عمومي مربوط به كالا ـ سهام شركت هايي كه در بورسي پذيرفته شده باشند ـ كشتي و هواپيما(پیروز فر،1380).

# 2-12.استقلال ضمانت بانكي

از نظر تاريخي، ضمانت نامه هاي بانكي، نخست در قراردادهاي فروش بين المللي و براي تضمين تعهداتي كه انجام آن به عهده فروشنده است و نيز تعهد پرداخت ثمن از طرف خريدار به كاررفته اند. در مراحل بعدي اين ضمانت نامه ها به لحاظ همين ويژگي استقلال نسبت به قرار داد پايه، در قراردادهاي داخلي و براي تضمين انواع تعهدات قراردادي و يا قانوني به كارگرفته شدند. در حقوق فرانسه صحّت ضمانت نامه بانكي در انواع گوناگون آن و به ويژه ضمانت نامه اولين درخواست كه تعهد قاطعي براي ضامن است پذيرفته شده و اين گونه ضمان از ضمان عقدي سنتي تفكيك گرديده است. تعهد ضامن نسبت به تعهد بدهكار اصلي در قرارداد ضمان داراي ويژگي تبعي است. حتي شرط صريح قراردادي نيز نمي تواند اين صفت را از عقد ضمان سلب كند. مواد 2012 و 2013 قانون مدني فرانسه كه اين ويژگي را در مورد تعهد ضامن مقرر ساخته اند، از قواعد آمره محسوب شده اند. ولي ضمانت نامه بانكي داراي استقلال است و تعهد بانك ارتباطي به قرارداد پايه كه ضمانت نامه در زمينه تضمين تعهدات ناشي از آن صادر شده است ندارد. ديوان تميز فرانسه براي اولين بار در رأي مورّخ 20 دسامبر 1982 اين دو گانگي را ميان ضمان عقدي و ضمانت نامه بانكي مورد تصريح قرار داد. ديوان تميز در اين رأي، نظر دادگاه پژوهش را مورد تأييد قرار داده است. به نظر دادگاه پژوهشي، تعهد بانك از مصاديق ضمان نيست بلكه يك ضمان مستقل است و در نتيجه بانك نمي تواند به ايراداتي كه بدهكار اصلي مي توانسته است در برابر بستانكار به آنها استناد كند و ناشي از قرارداد پايه است استناد كند.

در توجيه استقلال ضمانت نامه بانكي تضميني، در حقوق فرانسه گفته شده است فرض بر اين است كه بانك صادر كننده ضمانت نامه اولين درخواست، از استناد به هر گونه ايرادي كه براي بدهكار اصلي وجود دارد از پيش صرف نظر كرده است.

يكي از ويژگي هاي استقلال ضمانت نامه در اين است كه در غير از مورد ضمانت نامه پيش پرداخت، كه تعهد بانك و پيمانكار از يك جنس است، در ساير موارد تعهد ناشي از قرارداد اصلي در بسياري از موارد جنبه غير نقدي دارد و در واقع اجراي يك تعهد است كه ارزش مالي آن برابر ميزان ضمانت نامه است. از جهت مبلغ نيز ضمانت نامه بانكي تابع سقف دين اصلي نيست و از اين جهت با مقررات ضمان عقدي يكسان نيست. همچنين بانك صادر كننده ضمانت نامه نمي تواند به استناد اينكه ميزان تعهد پيمانكار كمتر است و يا چون بخشي از آن انجام شده است درخواست كاهش يافتن ميزان و مبلغ ضمانت نامه را بكند و اصولاً ضمانت نامه بانكي به دليل استقلال آن از قرارداد پايه، بانك را موظف به تعهدي بالاتر از حدود و ماهيت تعهد مورد تضمين مي كند.

با اين حال استقلال ضمانت نامه را نمي توان چنان تفسير كرد كه رابطه آن را با قرار داد پايه منقطع دانست. ضمانت نامه، تعهدي است از طرف بانك كه اجراي يك قرارداد يا تعهد را به نفع بستانكار تضمين كند. بنابراين بدون وجود قرارداد پايه، يا تعهد، اين تضمين بي مفهوم است. اين رابطه به صورت مخفي است ولي در پاره اي از موارد ممكن است دادگاه ها مجبور شوند آن را مورد بررسي قرار دهند(کاشانی،1385).

# 2-12-1. غير قابل استناد بودن ايرادات

با توجه به اين واقعيت كه بانك بايد ضمانت نامه را با اولين درخواست پرداخت كند در اين صورت نمي تواند به دلائلي كه از قرارداد پايه سرچشمه مي گيرند از پرداخت ضمانت نامه خودداري كند. بنابراين ايراداتي مانند بطلان قرارداد پايه، فسخ قرار داد پايه و يا اجراي آن به گونه كامل از سوي پيمانكار و نيز ادعاي تهاتر و يا انتقال طلب، از سوي بانك صادر كننده ضمانت نامه قابل استناد نخواهد بود. همچنين ممكن نبودن رجوع بانك به پيمانكار به گونه موثر به دليل ورشكستگي پيمانكار و يا دلائل ديگر نمي تواند مجوز نپرداختن از سوي بانك باشد. به همين دليل اين گونه ضمانت نامه ها را غالباً با اوصافي چون «بي قيد و شرط»، «غير قابل فسخ»، «مستقل» همراه مي سازند و هدف از آن اين است كه ارتباط حقوقي آن را از قرار داد پايه هر چه بيشتر جدا سازي رابطه ضمانت نامه از قرارداد پايه و غير قابل استناد دانستن ايرادات مربوط به قرارداد پايه به هنگام درخواست پرداخت از سوي ذي نفع، براي استوار ساختن اعتبار ضمانت نامه و حفظ ارزش آن به عنوان يك ابزار كارآمد بانكي ضروري است. اگر بانك بتواند خود را درگير روابط قراردادي طرفين سازد و يا دادگاه ها بتوانند پيش از پرداخت ضمانت نامه با ورود در ماهيت روابط قراردادي مانع پرداخت آن بشوند، اين سند بانكي كارايي و ارزش خود را در روابط قراردادي از دست مي دهد.

البته بدهكار اصلي كه ضمانت نامه به دستور و براي تضمين بدهي او صادر شده است مي تواند اگر ضمانت نامه از سوي ذي نفع به گونه ناموّجه دريافت شده باشد، عليه او طرح دعوي كند. ولي در ضمانت نامه هاي بين المللي و در قراردادهايي كه طرفين در قلمرو دو كشور اقامت دارند و قرارداد اصلي، تابع قوانين يك كشور خارجي است امكان اقامه دعوي نيز محدود مي گردد(کاشانی،1385).

# 2-12-2. سوء استفاده آشكار

با آنكه وصف استقلال ضمانت نامه و اصل غير قابل استناد بودن ايرادات به گونه قاعده كلي پذيرفته شده است با اين حال به دليل اينكه در پاره اي از موارد استثنايي، درخواست پرداخت ضمانت نامه با سوء نيت و حيله همراه است، در نظام هاي حقوقي در اين زمينه به چاره جويي پرداخته اند. چه در حقوق فرانسه و چه در حقوق انگليس در موردي كه درخواست پرداخت ضمانت نامه به گونه آشكار همراه با سوء استفاده باشد اجازه داده شده است كه بدهكار اصلي بتواند از شيوه دادرسي فوري و گرفتن دستور موقت از دادگاه، بانك را از پرداخت ضمانت نامه منع كند. البته در چنين موردي، خواهان بايد نشان دهد كه ضمانت نامه صرف نظر از قرارداد پايه، قابل اعتراض است و يا آنكه دلائل قوي بر توجيه ضرورت دستور موقت ارائه كند. در اين زمينه در بخش هاي آينده گفتگو خواهيم كرد(کاشانی،1385).

# 2-13.مشخصات ضمانت نامه

ماده 7 آيين نامه صدور ضمانت نامه تصريح دارد به اينكه در ضمانت نامه بايد موضوع ضمانت نامه، نام مضمون له و مضمون عنه و مدت اعتبار ضمانت نامه و مبلغ آن به طور صريح قيد شود.

موضوع ضمانت نامه، يعني آنچه صدور ضمان را ايجاب كرده است. فرضاً پيمانكاري در مقابل كارفرماي خود طبق قرار داد دو جانبه متعهد انجام كاري شده است. بانك تعهد مي كند كه هر گاه كارفرما به بانك اعلام كرد كه پيمانكار از انجام تعهد خود سر باز زده است، بانك مبلغ تعيين شده در ضمانت نامه را به كارفرما بپردازد.

عنوان اين نوع از ضمانت نامه، «حسن اجراي تعهدات» يا «انجام تعهدات» است.

تعهد پرداخت بانك محدود و مقيد به زمان خاصي مي باشد، يعني ضمانت نامه تا تاريخ معيني كه در ضمانت نامه قيد مي شود، معتبر است و در صورتي كه قبل از انقضاي موعد از بانك مطالبه نشودف خودبخود از درجه اعتبار ساقط مي شود(پیروز فر،1380).

# 2-14.تمديد ضمانت نامه بانكي

ضمانت نامه بانكي عموماً براي يك مدت معين از سوي بانك صادر مي شود. مانند چند ماه يا چند سال يا تا پايان وقت اداري روز معين در آينده كه با سپري شدن آن اعتبار ضمانت و تعهد بانك نيز از ميان مي رود. گاه ممكن است ضمانت نامه در يك فاصله زماني مشخص در آينده قابل مطالبه باشد كه پيش از فرارسيدن اين موعد و پس از سپري شدن آن، درخواست پرداخت آن از بانك امكان پذير نيست. با سقوط اعتبار ضمانت نامه، ديگر درخواست پرداخت بي نتيجه است و با ناكامي مواجه مي شود. بنابارين هر گاه زمان اعتبار ضمانت نامه سپري شده باشد و بانك پس از آن وجه ضمانت نامه را به اشتباه پرداخت كند، حق رجوع به دستور دهنده را نخواهد داشت.

در هنگامي كه در روزهاي پاياني مدت اعتبار ضمانت نامه، عمليات مبناي ضمانت نامه هنوز حل و فصل نشده و ذي نفع تمايل به دادن مهلت بيشتري به طرف قرار داد يا متعهد داشته باشد در اين صورت مسأله تمديد مهلت ضمانت نامه مطرح مي شود. از آنجا كه ضمانت نامه، يك رابطه حقوقي مستقل ميان بانك صادر كننده و ذي نفع است، بنابراين ذي نفع ممكن است از بانك درخواست تمديد كند و يا آنكه طرف قرار داد به منظور جلوگيري از درخواست پرداخت، موافقت بانك را با تمديد مهلت به دست آورد. در پاره اي از موارد نيز ذي نفع از يك فرمول كه متضمن اختيار براي بانك است بهره مي گيرد و به بانك اعلام مي كند مدت اعتبار ضمانت نامه را تمديد كند و يا وجه آن را بپردازد. اگر چه در صحّت چنين درخواستي شك و ترديد به هم رسيده است و ممكن است گمان شود كه اين امر نوعي اعمال فشار محسوب مي شود ولي در حقوق فرانسه اظهار نظر شده است. كه چنين روشي كه كاملاً هماهنگ با ضمانت نامه بانكي است. در اينجا در حقيقت يك درخواست پرداخت به همراه يك اختيار اضافي به بانك عرضه شده است كه آن تمديد مدت اعتبار ضمانت نامه است و اين امتيازي است كه به بانك داده شده است و نه يك فشار. در اين صورت هر گاه بانك با تمديد مهلت اعتبار ضمانت نامه موافقت نكند، چاره اي جز پرداخت نخواهد داشت.

در روشهاي بانكي ايران نيز درخواست تمديد مهلت ضمانت نامه قابل پذيرش دانسته شده است. عبارتي كه در پاره اي از ضمانت نامه ها به كار رفته چنين است:

«در صورتي كه ضامن نتواند يا نخواهد مدت اعتبار اين ضمانت نامه را تمديد كند و يا مضمون عنه، موجبات تمديد آن را فراهم نسازد و ضامن را با اين تمديد موافق نسازد، ضامن تعهد نمود كه بدون احتياج به مطالبه مجددّ، مبلغ مرقوم را در وجه يا به حواله كرد مضمون له پرداخت نمايد.» (کاشانی،1385).

# 2-15.جلوگيري از پرداخت ضمانت نامه

هنگامي كه ذي نفع، درخواست پرداخت يك ضمانت نامه بي قيد و شرط را مي كند، بانك اصولاً بايد فوراً وجه ضمانت نامه را پرداخت كند و نمي تواند درخواست توضيح و يا توجيه بيشتر از ذي نفع بكند. همچنين بانك نمي تواند به بررسي در زمينه شيوه اجراي قرارداد پايه و ايرادات مربوط به آن بپردازد. ديوان تميز فرانسه در رأي مورخ 20 دسامبر 1982 ، هر گونه تأخير غير موجه بانك در اجراي ضمانت نامه را موجب محكوميت او به پرداخت ضرر و زيان دانسته است. اصولاً هنگامي كه درخواست پرداخت يك ضمانت نامه مي شود، بانك نفع مهمي در عدم پرداخت آن ندارد و غالباً آمادگي پرداخت آن را نيز دارد. با اين حال بند 2 مقرّرات يكنواخت ضمانت نامه هاي قراردادي، براي حفظ حقوق احتمالي دستور دهنده چنين مي گويد:

"به محض دريافت درخواست پرداخت ضمانت نامه، بانك بايد طرف قرارداد يا دستوردهنده را بدون تأخير از اين درخواست پرداخت و مداركي كه دريافت كرده است آگاه سازد" (کاشانی،1385).

در اين صورت دستوردهنده ممكن است به شيوه هاي گوناگون در مقام جلوگيري از پرداخت ضمانت نامه برآيد:

# 2-15-1. دستور منع پرداخت ساده

كسي كه ضمانت نامه به دستور و براي تضمين تعهد او صادر شده است ممكن است درست يا نادرست بر اين باور باشد كه درخواست پرداخت به طور ناروا صورت گرفته است. دستور دهنده ممكن است دلائل خوبي هم براي اعتراض به پرداخت ضمانت نامه داشته باشد. مانند بطلان قرارداد پايه يا فسخ آن به گونه غير موجه از سوي ذي نفع و يا عدم امكان اجراي قرارداد به دلائلي كه مستقل از اراده طرفين است مانند دلائل سياسي، شوش، جنگ و مانند آنها. همچنين دستوردهنده ممكن است بر اين باور باشد كه تعهدات خود را به طور كامل انجام داده و يا لااقل بخش هاي اساسي آن را انجام داده و خود را از دي نفع ضمانت نامه در مورد تعهداتي كه داشته و يا به دليل ضرر و زيان، بستانكار هم بداند. آيا اين موارد مي تواند مبناي حقوقي كافي براي جلوگيري از پرداخت ضمانت نامه به صِرف درخواست دستور دهنده از بانك باشد؟

مي توان گفت هيچ يك از اين موارد، اصولاً نمي تواند مانع بانك از پرداخت ضمانت نامه باشد. زيرا طبيعت ضمانت نامه بانكي بر پايه توافقهاي طرفين، بي قيد و شرط بوده و اكنون دستور دهنده نمي تواند به طور يك جانبه از تعهد قراردادي خود كه طبق اصول كلّي حاكم برقراردادها به ويژه ماده 239 قانون مدني نسبت به طرفين الزام آور است پرهيز نمايد. او خود به بانك دستور داده است ضمانت نامه اي صادر كند كه مستقل بوده و با اولين درخوسات قابل پرداخت باشد.

از سوي ديگر، دستور جلوگيري از پرداخت ملازمه آشكار با بررسي اعتراضات مربوط به قرارداد پايه دارد و حال آنكه ويژگي ضمانت نامه مستقل، كنار گذاردن هر گونه امكان بررسي و ارزيابي نسبت به قرارداد پايه مي باشد(کاشانی،1385).

# 2-15-2. دستور منع پرداخت از مرجع قضايي

در پاره اي از موارد دستور دهنده (پيمانكار يا متعهد) به اين بسنده نمي كند كه از بانك درخواست عدم پرداخت ضمانت نامه را بكند بلكه با مراجعه به دادگاه و طرح دعوي درخواست صدور حكم بر منع پرداخت ضمانت نامه را از سوي بانك مي كند. آيا دادگاه مي تواند چنين دعوايي را بپذيرد؟ در فرانسه در سالهاي 1981 تا 1983 تعدادي از اين دعاوي كه به طور عمده مربوط به ضمانت نامه هايي بود كه ذي نفع آنها مؤسسات ايراني بودند مطرح گرديد و دادگاه ها بادلائل گوناگوني اين دعاوي را قابل پذيرش دانستند. توجيهاتي كه براي پذيرش اين دعاوي و صدور دستور موقت بر منع پرداخت و در مواردي در ماهيت دعوي و به صورت حكم قطعي ارائه گرديده در هيچ مورد قوي و مبتني بر دلائل كافي نيست. براي نمونه در يك پرونده چنين توجيه شده است كه دستور دهنده داراي طلبهاي بزرگي از ذي نفع ضمانت نامه است (دادگاه تجارت بروكسل 6 آوريل 1982 و دادگاه تجارت پاريس 12 فوريه 1982). اين آراء بر اين نكته مبتني بوده اند كه درخواست پرداخت از سوي ذي نفع مبتني بر تقلب و سوء استفاده و ناشي از انگيزه هاي سياسي بوده است.

اين آراء قابل انتقاد شمرده شده اند. قدرت الزامي قراردادي كه به طور درست منعقد شده است نه تنها به طرفين بلكه به قاضي نيز تحميل مي شود. دادگاه نمي تواند به دليل انصاف و يا اوضاع و احوال و يا حتي پرهيز از ورود يك خسارت غير قابل جبران به دستور دهنده، از اجراي قراردادي (ضمانت نامه)، كه دستوردهنده از طرفين آن نيست و طرفين آن از ابتدا وصف استقلال به آن داده اند جلوگيري به عمل آورد. بر همين پايه، دادگاه هاي فرانسه در آراي ديگري درخواست هاي جلوگيري از پرداخت وجه ضمانت نامه را بر اساس طبيعت تعهد بانك رد كرده اند.

در يكي از اين دعاوي، دستوردهنده توانسته بود در يك دادرسي فوري، دستور موقت بر منع پرداخت وجه ضمانت نامه را به دست آورد.

اين دستور موقت در مرحله پژوهشي ابطال شد. در فرجام خواهي به رأي دادگاه پژوهشي اعتراض شد. اعتراض فرجامي چنين بود كه: دستوردهنده اجراي كامل تعهدات خود را در چارچوب قرارداد پايه نشان داده است و در اين شرايط درخواست پرداخت ضمانت نامه همراه با سوء استفاده بوده است. ديوان كشور نيز به نوبه خود، اين موضع گيري قاطع دادگاه پژوهشي را بر اساس طبيعت تعهد بانك در رأي مورخ 21 مه 1985 تأييد كرد. رد اعتراض فرجامي با اين استدلال بود كه ويژگي استقلال ضمانت نامه، هر گونه استناد به شرايط اجراي قرارداد پايه را نفي مي كند. بنابراين تصميم دادگاه پژوهشي به درستي گرفته شده و نفس اين واقعيت كه دستوردهنده كليه تعهدات قراردادي خود را انجام داده است و ظاهراً هم اثبات شده داراي چنان نتيجه اي نيست كه بانك را از اجراي تعهدش بر پرداخت ضمانت نامه با اولين درخواست رها سازد(کاشانی،1385).

# 2-15-3. تأمين خواسته

ممكن است، دستور دهنده كه درصدد جلوگيري از پرداخت ضمانت نامه بانكي است، بخواهد به ادعاي داشتن طلب از ذي نفع ضمانت نامه، از دادگاه درخواست صدور قرار تأمين خواسته نسبت به ضمانت نامه را بكند. (ماده 225 قانون آيين دادرسي مدني). اگر ضمانت نامه در واقع طلب ذي نفع از بانك محسوب شود در اين صورت مانند هر طلب ديگري قابل توقيف مي باشد (ماده 266 قانون آيين دادرسي مدني). درخواست صدور قرار تأمين از نظر حقوقي با درخواست صدور دستور موقت بر منع پرداخت ضمانت نامه يكسان نيست هنگامي كه دستوردهنده درخواست قرار تأمين نسبت به ضمانت نامه را مي كند، مفهوم آن اين است كه نه حقوق ذي نفع را نسبت به ضمانت نامه انكار مي كند و نه استقلال ضمانت نامه را. شايد هر بستانكار ديگري كه طلبي از ذي نفع ضمانت نامه دارد نيز بتواند ضمانت نامه را در دست بانك توقيف كند. در اين صورت دستور دهنده اگر بستانكار باشد و دلائلي بر آن در دست داشته باشد چرا نتواند از اين شيوه بهره مند گردد؟

در فرانسه پاره اي از تصميمات قضايي از اين استدلال پيروي كرده و قرار تأمين روي ضمانت نامه بانكي را بنا به درخواست دستور دهنده صادر كرده اند. با اين حال اين راه هم به روي دستور دهنده بسته شده است. زيرا دستور دهنده مي خواهد با تكيه بر وصف بستانكار بودن خود در خواست توقيف و منع پرداخت ضمانت نامه را بكند. ولي اين عنوان نيز نمي تواند به او امكان جلوگيري از پرداخت وجه يك ضمانت نامه مستقل را بدهد. طبيعت ويژه ضمانت نامه مستقل بايد مانع اجراي هر گونه قرار تأمين خواسته نسبت به آن گردد. رويه قضايي كه به مراتب گسترده تر از آراي سابق است در حقوق فرانسه بر همين شيوه مبتني مي باشد. ديوان تميز فرانسه هم اين راه حل را تأييد كرده است. ديوان تميز در يكي از آراي اخير خود چنين اظهار نظر كرد كه: قرار تأمين خواسته كه از دادگاه صادر شود نمي تواند مانع از اجراي تعهد مستقيم و غير قابل فسخي كه بانك در برابر ذي نفع بر عهده گرفته است باشد و بانك از هر گونه مسؤوليّتي در پرداخت وجه ضمانت نامه حتّي با وجود قرار تأمين خواسته مبرّي مي باشد.

استدلالي كه از نظر حقوقي مي توان در تأييد اين نظر ارائه كرد همان است كه پيش از اين در مورد عدم پذيرش دستور موقت مبني بر منع پرداخت قضايي مطرح گرديد. درخواست صدور قرار تأمين خواسته از سوي دستوردهنده، معارض با تعهدي است كه وي در تسليم يك ضمانت نامه بي قيد و شرط و مستقل كه با اولين درخواست قابل پرداخت باشد بر عهده گرفته است. پذيرش صحت قرار تأمين خواسته به معني اين است كه به يكي از طرفين قرارداد اجازه داده شود ولو به طور موقتي اجراي تعهد روشن و درستي را كه با آگاهي كامل پذيرفته است فلج نمايد. بنابراين مي توان چنين فرض كرد كه دستور دهنده با پذيرش صدور يك ضمانت نامه مستقل، از هر گونه درخواست صدور قرار تأمين صرف نظر كرده است.

افزون برآن، قرار تأمين خواسته به استناد طلب دستور دهنده از ذي نفع يك شيوه انحرافي در استناد به تهاتر است و حال آنكه ضمانت نامه مستقل، داراي اين ويژگي است كه از هر گونه استناد به ايرادات مربوط به قرارداد پايه آزاد مي باشد.

بحث ديگري كه پيش مي آيد اين است كه هرگاه دستوردهنده بخواهد بر پايه طلب ديگري كه ارتباطي به قرار داد پايه ندارد، درخواست صدور قرار تأمين خواسته نسبت به ضمانت نامه را بنمايد و يا حتي اشخاص ثالث بخواهند چنين كنند آيا دادگاه مي تواند با صدور قرار تأمين يك ضمانت نامه بانكي را توقيف نمايد؟ در اين مورد اعتراض مربوط به غير قابل استناد بودن ايرادات در برابر چنين درخواستي قابل طرح نيست، زيرا طلبي كه براي آن درخواست صدور قرار تأمين مي شود ارتباطي به قرارداد پايه ندارد.

با آنكه آرايي از دادگاه هاي فرانسه به نفع اين فكر صادر گرديد ولي ديوان تميز اين كشور به طور صريح آن را محكوم كرد. در اين مورد، مساله استقلال ضمانت نامه مطرح نيست و تخلفي هم از قاعده غير قابل استناد بودن ايرادات صورت نگرفته است. ولي هدف ديوان تميز اين بوده است كه يك تضمين مطلق براي ذي نفع ضمانت نامه به وجود آورد. چيزي كه قصد مشترك طرفين در تسليم ضمانت نامه نيز بوده است. استدلالهاي ديگري هم در اين زمينه قابل ذكر است. مي توان گفت دستور دهنده به طور ضمني، ولي قطعي خود را از ايجاد هر گونه محدوديتي در پرداخت ضمانت نامه ممنوع ساخته است. همچنين در رابطه دستور دهنده و ذي نفع ضمانت نامه مي توان گفت، ضمانت نامه در حقيقت جايگزين يك سپرده نقدي است و بايد در حدّ يك سپرده نقدي براي ذي نفع ايجاد تضمين كند در نتيجه هر گونه حركتي در جهت توقيف آن با طبيعت آن ناسازگار است. مي توان افزود كه ضمانت نامه با يك مكانيسم پيچيده به قرارداد پايه ارتباط دارد و درخواست پرداخت آن از سوي ذي نفع، عموماً وابسته به اعلام قصور پيمانكار يا متعهد از شروط قرارداد پايه مي باشد. ممكن است در يك قرارداد پيمانكاري، كه براي حسن انجام آن ضمانت نامه داده شده است، پيمانكار تعهدات خود را طبق قرارداد و به طور كامل انجام دهد. در اين مورد هيچ ضرورتي در به كار انداختن تضمين مندرج در ضمانت نامه وجود نخواهد داشت. بنابراين با انجام موضوع قرارداد، ضمانت نامه نيز منتفي مي گردد. به عبارت ديگر، ضمانت نامه بانكي در اصل، فراهم كننده يك تضمين است نه يك طلب و بنابراين نمي توان آن را موضوع قرار تأمين خواسته يا توقيف طلب محسوب كرد و بر همين اساس هر گونه اقدامي از سوي اشخاص ثالث در توقيف ضمانت نامه را نيز بايد ممنوع دانست(کاشانی،1385).

# 2-15-4. نقش بانك صادر كننده ضمانت نامه

بانكي كه ضمانت نامه صادر مي كند در برابر ذي نفع مسؤوليت دارد و بايد بر طبق ضمانت نامه اگر بي قيد و شرط است. با اولين درخواست پرداخت كند اگر بانك از پرداخت خودداري كند ممكن است به پرداخت خسارت محكوم شود. ولي در موردي كه بانك پيرو صدور دستور موقت يا قرار تأمين خواسته از پرداخت ضمانت نامه خودداري مي كند، نمي توان مسؤوليتي براي وي در نظر گرفت. با اين حال بانكها ترجيح مي دهد خود را درگير اختلافات دستور دهنده و ذي نفع ضمانت نامه نكنند و براي حفظ اعتبار بين المللي خود، جانب ذي نفع ضمانت نامه را مي گيرند مگر آنكه احساس كنند پس از پرداخت، رجوع بانك به دستور دهنده با موانعي برخورد مي كند و دسترسي بانك به وثايق در معرض خطر قرار مي گيرد كه در اين صورت كوشش مي كند دستوري از دادگاه بر منع پرداخت دريافت كنند(کاشانی،1385).

# 2-16.آئين نامه صدور ضمانت نامه

1 ـ صدور ضمانت نامه از طرف بانك موكول به اخذ وثيقه از ضمانت خواه مي باشد.

2 ـ انواع وثائق قابل قبول براي صدور ضمانت نامه عبارتند از: وجه نقد، طلا، اوراق مشاركت، سپرده بلند مدت، تضمين بانكهاي معتبر خارجي مورد تأييد امور بين الملل و بانك مركزي، سفته با دو امضاء قابل قبول بانك، اموال غير منقول، برگ رسيد انبارهاي عمومي مربوط به كالا با ارزش وثيقه اي معادل 50 درصد ارزش روز كالا، سهام شركت هاي پذيرفته شده در بورس، كشتي، هواپيما و ...

3 ـ اخذ حداقل ده درصد مبلغ ضمانت نامه به صورت وجه نقد (به استثناي ضمانت نامه هاي شركت در مناقصه و مزايده) به عنوان سپرده نقدي الزامي بوده و بابت بقيه آن از يك يا تركيبي از انواع وثايق به شرح ذيل ضروري مي باشد:

الف) اخذ سفته به ميزان 120 درصد تفاضل مبلغ ضمانت نامه و سپرده نقدي

ب) اخذ اموال غير منقول، برگ وثيقه انبارهاي عمومي، سهام شركتهاي پذيرفته شده در بورس و ... حداقل به ميزان 150 درصد تفاضل مبلغ ضمانت نامه و سپرده نقدي.

4 ـ قبول درخواست يك مشتري جهت صدور ضمانت نامه به نام شخص ديگر اكيداً ممنوع مي باشد.

5 ـ صدور ضمانت نامه براي يك مشتري جهت دريافت تسهيلات اعتباري از يك بانك ديگر به صلاح نمي باشد.

6 ـ ضمانت نامه بانكي براي اشخاص حقيقي در مقابل اشخاص حقيقي ديگر و يا براي اشخاص حقيقي و حقوقي در مقابل اشخاص حقوقي خصوصي ديگر به دليل امكان تباني معمولاً صادر نمي شود و در شرايط استثنائي مستلزم بررسي هاي دقيق و اخذ وثائق مطمئن مي باشد.

7 ـ صدور ضمانت نامه در قابل تضمين شركتهاي خارجي مجاز نمي باشد.

8 ـ براي صدور انواع ضمانت نامه هاي بانكي بايد از فرمهاي چاپي بانك استفاده شود و در مورد صدور ضمانت نامه هاي متفرقه كه فرم چاپي خاصي براي آنها تهيه نشده اخذ تأييديه مديريت امور حقوقي ضروري است.

9 ـ ضمانت نامه هاي بانكي غير قابل انتقال مي باشند.

10 ـ در ضمانت نامه ها بايد موضوع ضمانت نامه، نام مضمون له، نام مضمون عنه، مدت اعتبارو مبلغ آن به طور صريح قيد مي شود.

11 ـ صدور تأييديه ضمانت نامه ها مي بايد بر اساس درخواست ذينفع به عمل آيد و تأييديه هاي صادره نيز با عطف به شماره نامه واصله از ذينفع صادر و سپس به آدرس مربوطه ارسال گردند (فقیهی،1389).

# 2-17.نظام حقوقي ضمانت نامه بانكي

ضمانت نامه بانكي يك پديده نو در روابط قراردادي است. در مجموعه هاي قوانين، قانونگذاري ويژه اي مانند ديگر قراردادها درباره آنها وجود ندارد. هدف از بهره گيري از ضمانت نامه، تضمين تعهدات قراردادي و يا قانوني جداگانه اي است كه بين طرفين قرارداد به وجود آمده است بنابراين مي توان همانند قرارداد ضمان، آن را گونه اي از تضمينات شخصي دانست. ولي آيا مي توان به دليل اين همساني، ضمانت نامه بانكي را مشمول قواعد حقوقي ضمان عقدي دانست؟ پيش از هر چيز يادآوري اين نكته ضرورت دارد كه مقررات قانون مدني كه ناظر به ضمان نقل ذمه است امروزه پاسخگوي روابط قراردادي مربوط به ضمان نيست و به طوري كه در فصل مربوط به ضمان عقدي بيان كرده ايم امروزه مقرّرات باب دهم قانون تجارت كه ضمان ضم ذمّه ساده و ضمان تضامني را پيش بيني كرده است، اصولاً بر روابط قراردادي مردم حاكم است و در عمل، ديگر جايي براي ضمان نقل ذمّه باقي نمانده است. با اين حال قواعد سنّتي قرارداد ضمان ضم ذمّه را هم خواه به صورت ساده يا تضامني كه تعهد ضامن را يك تضمين شخصي براي تعهد بدهكار اصلي مي سازد نمي توان درباره ضمانت نامه بانكي قابل اجرا دانست. ضمانت نامه بانكي يك پديده حقوقي جديد است كه مانند بسياري از پديده هاي حقوقي ديگر در پي پيشرفت روابط بازرگاني بين الملي وارد حقوق كشور ما گرديده است. همانند ديگر پديده هاي حقوقي جديد، نمي توان با توسّل به قواعد حقوق كهن و صرفاً از طريق اجتهاد شخصي، به قواعد حاكم بر ضمانت نامه ها دست يافت. به هنگام وارد شدن ضمانت نامه بانكي در روابط قراردادي و عرف بانكي در ايران، چنين برخوردي از سوي پاره اي از دادگاه ها صورت گرفت و همين روش موجب برخورد نادرست و تضييع حقوق دارندگان آن گرديد. پيش از اين ديديم كه شعبه هشتم دادگاه استان، ضمانت نامه بانكي را از مصاديق التزام به تأديه ذيل مادّه 699 قانون مدني دانست. وكيل ذي نفع ضمانت نامه نيز كه محكوم به بي حقي گرديده بود در لايحه دفاعي خود كوشش كرد ضمانت نامه را از مصاديق ضمان عقدي ماده 684 قانون مدني تلّقي كند. در اين ميان هنگامي كه بر اثر پيدايش اختلاف نظر ميان دادگاه هاي استان و شعبه ششم ديوان كشور، موضوع در هيأت عمومي ديوان مطرح گرديد، دادستان كل كشور با تحليل مفصلي از ضمانت نامه بانكي، كوشش در اعلام بطلان آن بر پايه قواعد سنّتي قانون مدني مي نمايد.

نه تنها مقررات قانوني مدني، بلكه مقرّرات باب دهم قانون تجارت در زمينه ضمان ضم ذمّه كه انعطاف بيشتري دارد و تعليق در ضمان و ضمان از ديني را كه هنوز سبب آن ايجاد نشده و به گونه كلي دين آينده را همي پذيرد، نمي توانند توجيه كننده قواعد حاكم بر ضمانت نامه بانكي باشد. شناخت درست اين سندبانكي، نيازمند آشنايي با سوابق حقوقي آن در كشورهاي ديگر و اظهارنظرهاي حقوقدانان و رويّه هاي قضايي در اين كشورهاست.

ضمانت نامه بانكي تضميني، نخست در حقوق آمريكا و انگليس مورد پذيرش قرار گرفت و سپس به صورت يك ابزار بازرگاني بين المللي درآمد. در حقوق فرانسه نيز ضمانت نامه بانكي، يك پديده حقوقي نوين است. قواعد آن در رويه قضايي و دكترين در حدود سال 19114 و چارچوب دقيق آن در سالهاي بعد آشكار گرديد. آرايي كه در دائره المعارف حقوق مدني فرانسه ذكر شده مربوط به سالهاي پس از 1967 است. ولي ويژگي هاي اساسي اين نوع ضمانت نامه با صدور دو رأي از ديوان تميز در سال 1982 مشخص گرديد. اين آراء هر گونه استناد به قواعد مربوط به ضمان عقدي را در تفسير مسائل حقوقي ضمانت نامه هاي بانكي منع كرده اند. بنابراين مي توان گفت ضمانت نامه بانكي يك شيوه قراردادي و تابع قواعد مربوط به خود و شرايط عمومي صحّت قراردادهاست(کاشانی،1385).

# 2-18.وثايق و تضمينان قابل قبول جهت صدور ضمانت نامه

ضمانت نامه در مقابل يك يا تركيبي از انواع وثايق به شرح زير و با رعايت مقررات اين دستورالعمل صادر مي شود:

1 ـ وجه نقد 2 ـ سپرده سرمايه گذاري مدت دار 3 ـ سفته دو امضايي معتبر 4 ـ اموال غير منقول 5 ـ ضمانت نامه بانكهاي معتبر داخلي 6 ـ برگ وثيقه انبارهاي عمومي و سهام شركتهاي پذيرفته شده در بورس اوراق بهادار 7 ـ ضمانت نامه بانكهاي معتبر خارجي با اجازه بانك مركزي(عیوضلو ،1379).

# 2-18.مسؤوليت هاي متعلق به طرفين قراردادها در عقد ضمان

الف) مسؤوليت عامل: رابطه عامل يا پيمانكار با كارفرما (ذي نفع) يك رابطه كاري مي باشد مثلاً براي وارد كننده يا پيمانكاري كه طبق قرارداد واردات و پيمانكاري مسؤول به انجام و ايفاي تعهداتي است كه در قرار داد آمده است، چنانچه به تعهدات خود عمل نكند ذي نفع مي تواند وجه الضمان ذكر شده در ضمانت نامه بانكي در بدون هيچگونه اعتراض و هشدار به عامل مصادره كند.

ب ـ مسئووليت بانك: بانك مسؤول پرداخت وجه الضمان به ذي نفع است وا ين در صورتي است كه خللي در روند انجام تعهدات از جانب پيمانكار صورت گيرد در اين حالت كارفرما مي تواند با مراجعه به بانك خواهان مصادره وجه الضمان شود و بانك موظف است و جه الضمان را بدون تعلل و تأخير در اختيار او قرار دهد. حال اگر وثيقه پيمانكار كمتر از تمام ارزش وجه الضمان باشد بانك بايد تمام ارزش وجه الضمان را بپردازد و ما به التفاوت را از پيمانكار و عامل دريافت كند.

ج ـ مسئوليت كارفرما: كارفرما (ذي نفع) موظف است در صورتي كه پيمانكار به تمام تعهدات خود عمل كرد ضمانت نامه را به پيمانكار برگرداند. لازم به ذكر است كه هر گونه نزاع بين كارفرما و پيمانكار بر اساس ضوابط ذكر شده در قرار داد پيمانكاري يا وارداتي است كه مورد توافق هر دو طرف بوده است و ربطي به بانك ندارد(عیوضلو ،1379).

# 2-19.چارچوب نظری مدل پژوهش

براساس مطالب عنوان شده در فصل دوم این پژوهش در صدد بررسی رابطه بین ضمانت نامه های بانکی با سوآوری بانک ها می باشد :

شرکت در مناقصه

شرکت در مزایده

حسن انجام کار

استرداد کسر وجه الضمان

استرداد پیش پرداخت

شکل 2- 1مدل پژوهش (کاشانی،1389)

# 2-19.واکاوی ادبیات پژوهش

# 2-19-1.واکاوی ادبیات پژوهش در جهان

1. گائو ايكس يانگ و روس پی بوكلي در مقاله ای تحت عنوان "ماهيت حقوقي ويژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادي: منشا اعتبارات اسنادي و منابع آن" در سال 1385 .

حقوقدانان، از جمله قضات، معمولا تصويري نادرست از ماهيت حقوقي اعتبارات اسنادي در ذهن دارند. تلقي نادرست از ماهيت حقوقي اين ابزار پرداخت در آثار نويسندگان نيز چندان نادر نيست.

براي اين فهم نادرست از ماهيت حقوقي ابزار پرداخت مزبور دو دليل مي توان برشمرد. نخستين دليل اينكه از حيث حقوقي اعتبار اسنادي واقعا مخلوق و حيوان عجيب و غريبي است. از يك سوي، اعتبارات اسنادي به قرارداد مي ماند و اوصاف و آثار يك قرداد را واجد است و از سويي ديگر، اصول حاكم بر قراردادها نعل به نعل قابل انطباق بر اين ابزار نيست؛ چه اينكه اعتبارات اسنادي ابزار خاصي است كه ساخته و پرداخته بازرگانان است و نه يك قرارداد. دومين دليل آنكه اعتبارات اسنادي عملا در حوزه تخصص تعداد معدودي از حقوقدانان و وكلاي متبحر در تجارت بين المللي و حقوق بانكي است، لذا نخستين باري كه اكثر قضات در حرفه شان با اعتبارات اسنادي مواجه مي شوند، آن هنگامي است كه پرونده اي در خصوص اعتبارات اسنادي نزد ايشان مطرح مي گردد. چنين پرونده اي معمولا محتاج به تعيين تكليف فوري است؛ چرا كه سرعت و فوريت اساس و جوهر اعتبارات اسنادي است. اغلب در دعاوي اعتبارات اسنادي تقاضاي صدور دستور موقت، مي گردد و بدين سان زمينه براي بد اقبالي قضايي مهيا است: موضوع دعوا ابزار نوظهوري است كه از حيث حقوقي ان چيزي نيست كه ظاهرا مي نمايد و در عين حال نيازمند تجزيه و تحليل سريع و فوري است.

2. گائو ايكس يانگ و روس پی بوكلي در مقاله ای تحت عنوان " مطالعه تطبيقي در مورد قاعده تقلب و معيار آن در حقوق اعتبارات اسنادي" در سال 1386.

دادگاههاي داخلي براي توجيه دستور عدم پرداخت يا منع پرداخت در اعتبارات اسنادي به جهت ارتكاب تقلب، معيارهاي متفاوتي را لازم شمرده اند. كنوانسيون آنسيترال هم راجع به ضمانت نامه هاي مستقل و اعتبارنامه هاي تضميني در اين خصوص موضع خاص خود را اتخاذ كرده است. معيار تقلب در اعتبارات اسنادي تا كنون در هيچ يك از نظام هاي حقوقي به پاسخ روشن و متقني نيانجاميده است. اين مقاله با تجزيه و تحليل موضع حقوقي ايالات متحده امريكا، بريتانيا، كانادا، استراليا، و نيز كنوانسيون ملل متحد راجع به ضمانت نامه هاي مستقل و اعتبارنامه هاي تضميني، معياري را پيشنهاد مي كند كه در مقايسه با معيارهاي متفاوتي كه در گوشه و كنار جهان اعمال مي گردد، كامل تر است و همچنين طريقه اعمال اين معيار را به دست مي دهد.

3.پاتريك توبين و الن براون در مقاله اي در سال 2003 به بررسي موضوعي با عنوان "اندازه گيري ريسك نقدينگي در سيستم بانكداري" مي پردازند، در مقاله حاضر حداكثر ميزان برداشت طي هفته از چهار حساب: سپرده هاي جاري، پس انداز، مدت دار و ساير سپرده ها با استفاده از مدل VAR تعيين و به عنوان ريسك نقدينگي شناخته شده است(به نقل از دارابی و مولایی،1390).

4.بانرجي و راسل در سال 2005 در مقاله اي تحت عنوان تورم و اندازه گيري حاشيه سود (Markup) در هزينه نهايي تمركز مي كند در حاليكه مدل تجربي عمدتا بر تاثير حاشيه سود بر هزينه واحد متمركز مي شوند. اين مقاله با استفاده از داده هاي سه ماهه U.S براي 50 سال به يك رابطه منفي بلند مدت ميان تورم و حاشيه سود مي رسد و همچنين بيان مي كند كه ضريب همبستگي دو هزينه تورمي نبايد تفاوت معني داري از يكديگر داشته باشد. اين مقاله در نظر دارد به اين پرسش پاسخ دهد كه آيا هنگاميكه ارزيابي بلند مدت ميان تورم و حاشيه سود وجود دارد، حاشيه سود روي هزينه نهايي اندازه گيري شده است يا روي هزينه واحد. نتايج ابتدايي كار وجود يك رابطه بلند مدت ميان تورم و حاشيه سود بدست آمده از هزينه واحد و ميان تورم و حاشيه سود به دست آمده از هزينه نهايي را نشان مي دهد. در نهايت از برآورد ايستادگي به اين نتيجه مي رسد كه رابطه بلند مدت در سيستم حاشيه سودي كه از طريق هزينه نهايي بدست آمده، از لحاظ عددي بزرگتر است اما در آزمايش هاي رسمي به اين نتيجه مي رسد كه تفاوت معناداري ميان آن دو وجود ندارد. در نهايت به اين نتيجه مي رسد كه تفاوت معناداري ميان آن دو وجود ندارد. در نهايت به اين نتيجه مي رسيم كه برآورد پيشنهاد مي كنند كه 4 درصد افزايش در نرخ عمومي تورم با يك افزايشي بين 3 (از تخمين حاشيه شود بر اساس هزينه واحد) تا 8 (از تخمين حاشيه سود بر اساس هزينه نهايي) درصدي در دستمزد واقعي نسبت به سطح بهره وري همراه است(به نقل از دارابی و مولایی،1390).

5. رناتو گوانين در مقاله ای در سال 2010 در رابطه با خدمات بانكداري سرمايه گذاري: ساختار مالكيت، مشاوره مالي، طرح هاي نظارت بر شركت هاي سهامي عام صورت گرفته است.. اين مطالعه بيشتر بر اساس قضيه، نيازمندي بنگاه هاي اقتصادي بزرگ به خدمات بانكداري سرمايه گذاري به علت پيچيدگي آنها (بنگاه هاي اقتصادي بزرگ) و سناريو مشكل و مسئله در يكي از مراحل بهره برداري آنها پايه ريزي شده است. با انجام تجزيه و تحليل عملي بر روي يك نمونه 150 تايي از بنگاه هاي اقتصادي مشخص شد كه در شاخص تمايل به خدمات بانكداري سرمايه گذاري همبستگي معناداري بين متغيرهاي مالكيت و نظارت وجود دارد. سپس آن شركت هايي كه داراي ويژگي هاي خاصي بودند البته با احتمال بيشتر از راه هايي براي بهتر نشان دادن عملكرد درآمد با استفاده از خدمات بانكداري سرمايه گذاري بررسي شدند. به هر حال، اين موارد و معاني بطور قطعي و بي ابهام نيست. نتيجه اي كه از اين مقاله مي توان گرفت اين است كه هنوز مي توان به اين نكته توجه نمود كه بين تمايل و رغبت به سوي بانكداري سرمايه گذاري و كارايي و عملكرد همبستگي وجود دارد(به نقل از دارابی و مولایی،1390).

# 2-19-2.واکاوی ادبیات پژوهش در ایران

1.محمود کاشانی در مقاله ای تحت عنوان " بررسی نقش ضمانت نامه بانکی در تجهیز و جذب منابع بانک (مورد مطالعه بانک رفاه استان تهران) در سال 1389 .

نتایج حاصل نشان داد که بین انواع ضمانت نامه های بانکی (شامل: ضمانت نامه شرکت در مناقصه، ضمانت نامه شرکت در مزایده، ضمانت نامه حسن انجام کار، ضمانت نامه استرداد کسر وجه الضمان، ضمانت نامه استرداد پیش پرداخت) و جذب منابع در بانک رفاه استان تهران رابطه معناداری وجود دارد .

1. طنین چناری در پایان نامه کارشناسی ارشد خود با عنوان" بررسی تطبیقی جنبه های حقوقی تقلب در اعتبارات اسنادی "به استاد راهنمایی دکتر علیرضا مسعودی درسال 1388 .

اعتبارات اسنادی به عنوان رایج ترین و پیچیده ترین روش پرداخت در سطح تجارت بین الملل شناخته شده است و همین امر، اهمیت بررسی مقوله تقلب به عنوان عامل مؤثری بر تعهدات ناشی از اعتبارات اسنادی و بررسی دیدگاههای مختلف حقوقی کشورها را آشکار می سازد.این تحقیق با موضوع «بررسی تطبیقی جنبه های حقوقی تقلب در اعتبارات اسنادی» در پنج فصل به بررسی مفهوم تقلب و مواضع کشورهای مختلف در رویارویی با این مقوله می پردازد؛ در فصل اول به کلیات تحقیق اشاره شده، در فصل دوم تحت سه بخش مختلف مروری داشته است بر اعتبارات اسنادی و چارچوب قانونی آن، ریسکهای موجود در تجارت بین الملل و مفهوم تقلب و قاعده آن در اعتبارات اسنادی به عنوان استثنایی بر اصل استقلال. در فصل سوم به روش تحقیق و در فصل چهارم به بررسی تعهدات بانکها در قبال متقاضیان اعتبار اسنادی پرداخته است ،همچنین مواضع حقوقی کشورهای امریکا، انگلستان، کانادا، استرالیا، چین و ایران مطرح و در انتهای بحث مطالعات موردی در کشور ایران ،برگرفته از پرونده های موجود در بانکها ارائه گردیده است.هدف از این تحقیق بازشناساندن قوانین مدون و عرف موجود در زمینه شناسایی و نحوه برخورد با مقوله تقلب در اعتبارات اسنادی و بررسی جایگاه این استثناء در بانکداری ایران است .سؤال اصلی تحقیق این است که «مفهوم تقلب چیست وآیا بانک گشاینده در صورت بروز تقلب اجازه دارد از پرداخت وجه اعتبار امتناع ورزد؟» ، نتایج تحقیق نشان داد که، تحقق و یا اثبات موضوع تقلب نیازمند پاسخگویی به برخی نکات حقوقی و ملحوظ نمودن یکسری الزامات قانونی است، البته نظر پذیرفته شده از سوی دادگاه ها و مجامع بین المللی بر این امر است که در صورتیکه بانک قادر به اثبات جعل اسناد و يا اقدامات متقلبانه از سوي ذينفع به موجب اطلاعات موجود نزد خود و يا اظهار شده توسط متقاضي باشد.

2. مرتضی شهبازی نیا در مقاله ای با عنوان "ماهیت حقوقی ضمانت نامة بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی " در سال 1388.

ضمانت نامة بانکی و ضمان عقدی از این جهت که هر دو مضمون له (ذینفع) را در مقابل عدم اجرای قرارداد پایه از سوی مضمون عنه (ضمانت خواه) حمایت می کنند، دارای خصوصیتی مشترک هستند. تفاوت مهم این دو آن است که تعهد پرداخت بانک ضامن ( در ضمانت نامه بانکی ) مستقل از تعهد ضمانت خواه (یا متعهد اصلی) است در حالی که تعهد ضامن در ضمان عقدی تابع تعهد متعهد اصلی می باشد. بر اساس اصل تبعی بودن تعهد ناشی از ضمان عقدی، ضامن حق دارد به ایراداتی که مضمون عنه در مقابل مضمون له از آن برخوردار است، استناد نماید. در حالی که به موجب اصل استقلال ضمانت نامه بانکی، بانک ضامن نمی تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند. بنابراین ضمانت نامة بانکی متفاوت از ضمان عقدی است و باید آن را قراردادی غیر معین به حساب آورد که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت خواه, طرف قرارداد ضمانت نامه نیست هر چند که ضمانت نامه محصول توافق وی و ذینفع در قرارداد پایه می باشد. در حقوق ایران این قرارداد را می توان از نوع قراردادهای خصوصی موضوع ماده 10 قانون مدنی به حساب آورد.

3. جعفرصادق شكرنژاد در پایان نامه کارشناسی ارشد خود با عنوان" بررسي جنبه هاي حقوقي اعتبارات اسنادي تضميني و مقايسه آن با اعتبارات اسنادي عادي و ضمانت نامه هاي بانكي" به استاد راهنمایی دكترنجادعلي الماسي در سال 1382 .

این پژوهش كه به موضوع اعتبار اسنادي تضميني و مسايل مربوط به آن اختصاص يافته سعي بر آنست تا زمينه هاي لازم براي بهره گيري از اين ابزار بانكي در كنار ساير ابزارهاي مشابه با عنوان بررسي جنبه هاي حقوقي اعتبار اسنادي تضميني و مقايسه آن با اعتبار اسنادي عادي و ضمانت نامه هاي بانكي،به علاقمندان فراهم شود.دو سؤال اساسي:1-اعتبار اسنادي تضميني چيست و2-مسايل حقوقي مربوط به آن شامل چه موضوعاتي مي گردد.محور موضوعات مطروحه در اين تحقيق بصورت كتابخانه اي مي باشد كه به پنج فصل تقسيم و اهتمام لازم بكار رفته تايك تصوير روشن در پيش روي علاقمندان قرارگيرد.از فصل اول تعريف،هدف و علت انتخاب موضوع، سوابق و روش تحقيق و حدود و موانع تحقيق در فصل دوم تاريخچه،منشا پيدايش اعتبار اسنادي تضميني، تعريف، قوانين و مقررات مربوط،اقدامات صورت گرفته از سوي سازمانهاي بين المللي و ناظر اعم از دولتي و غيردولتي و ماهيت و اصول حاكم برآن در فصل سوم انواع اعتبار اسنادي تضميني ودر فصل چهارم جايگاه اعتبار اسنادي تضميني درميان ابزارهاي بانكي مشابه،زمينه هاي احتمالي موجود جهت سوءاستفاده از آن، زمينه هاي اشتراك و افتراق آن با اعتبار اسنادي عادي و ضمانت نامه هاي بانكي وبحث مختصري راجع به اختلافات حادث شده في مابين ايران و آمريكا و در فصل پنجم نتيجه گيري و جمع بندي نهايي به همراه ارايه پيشنهاداتي مورد توجه قرارگرفته تا با عنايت به كاربرد مؤثر و گسترده اي كه اعتبار اسنادي تضميني در قراردادهاي مهم داخلي و بين المللي دارد وجوامعي نظير جامعه تجاري ما كه تاكنون با آن در تماس كمتري بوده است راهرچه بيشتر محسوس تر نموده و ضرورت اطلاع از ماهيت حقوقي و كاركردآن خصوصا با توجه به ابزارها وشيوه هاي مشابه بسان اعتبار اسنادي تجاري و ضمانت نامه هاي بانكي نمايان سازد.

4.مطالعه توسط فرهاد حيدريان با عنوان "بررسي عوامل اقتصادي موثر بر جذب منابع در بانك هاي تجاري با تاكيدبر بانك ملت" در سال 1384 صورت گرفت. نتايجي كه محقق بدان دست مي يابد حاكي از آن است كه: 1 ـ در مدل برآورد شده ضريب ماليات ها برابر 02/1 بدست آمده است. اين بدان معني است كه در صورتي كه ماليات ها يك درصد تغيير (چه افزايش و چه كاهش) داشته باشد با توجه به علامت مثبت ضريب ماليات ها، حجم سپرده هاي بانك هاي تجاري به ميزان 02/1 درصد موافق با تغييرات ماليات ها تغيير خواهد داشت. يعني اگر ماليات ها به ميزان يك درصد افزايش داشته باشد مانده سپرده هاي بانك هاي تجاري نيز به ميزان 02/1 درصد افزايش خواهد داشت. اما در مدل برآورد شده فوق براي مانده سپرده هاي بانك ملت ضريب بدست آمده براي ماليات ها برابر 173/0 بوده كه علامت ضريب مذبور منفي مي باشد. يعني چنانچه درصد مالياتها يك درصد تغيير داشته باشد به طور متوسط سپرده هاي بانك ملت 173/0 درصد تغيير در جهت عكس خواهد داشت. به عبارت ديگر با افزايش مالياتها ميزان سپرده هاي بانك ملت كاهش خواهد يافت. 2 ـ ضريب بدست آمده در مدل برآورد شده براي حجم نقدينگي در بانك هاي تجاري برابر 15/2 مي باشد و علامت آن نيز مثبت است. همچنين ضريب بدست آمده براي حجم نقدينگي در مدل سپرده هاي بانك ملت برابر 967/0 مي باشد كه علامت آن نيز مثبت است يعني در اثر يك درصد تغيير در حجم نقدينگي مانده سپرده هاي بانك ملت به ميزان 967/0 درصد تغيير خواهد كرد . 3 ـ مدل برآورد شده نشان مي دهد شاخص هاي بهاي مسكن در طي سال هاي مورد بررسي (1382 ـ 1361) تاثيري بر ميزان جذب سپرده ها در بانك هاي تجاري نداشته و يا حداقل بدليل تاثير اندك بر متغير وابسته، نرم افزار SPSS آوردن اين متغير مستقل را در مدل بانك هاي تجاري ضروري تشخيص نداده است. اما ضريب بدست آمده براي شاخص بهاي مسكن در ميزان سپرده هاي بانك ملت برابر 423/0 مي باشد كه علامت آن نيز مثبت است. يعني اگر شاخص بهاي مسكن به ميزان يك درصد افزايش داشته باشد به مانده سپرده هاي بانك ملت به ميزان 423/0 درصد افزوده خواهد شد. 4 ـ ضريب بدست آمده براي شاخص بهاي خوراكي ها در مدل به ميزان 14/3 مي باشد، كه علامت آن منفي است. در صورتي كه يك درصد تغيير در بهاي خوراكي ها ايجاد شد به ميزان 14/3 درصد تغيير در سپرده هاي بانكي در جهت معكوس ايجاد خواهد شد، اما ضريب بدست آمده براي شاخص خوراكي ها در اين مدل براي سپرده هاي بانك ملت به ميزان 221/0 درصد مي باشد كه علامت آن نيز منفي مي باشد. يعني چنانچه يك درصد تغيير در بهاي شاخص خوراكيها ايجاد شود به ميزان 221/0 درصد تغيير در مانده سپرده هاي بانك ملت در جهت معكوس ايجاد خواهد شد.

5. بهاره منصوره صادقي گيلاني(1388) در بررسي عوامل موثر بر بهبود مديريت نقدينگي به اين نتيجه مي رسد كه عوامل برون سازماني در مقايسه با عوامل درون سازماني از تاثير بيشتري بر مديريت مناسب نقدينگي برخوردارند، همچنين از ميان عوامل برون سازماني ابزارهاي مناسب تامين مالي نسبت به ساير عوامل از بيشترين تاثير برخوردار است و نيز از ميان عوامل درون سازماني، ساختار سازماني نسبت به ساير عوامل از بيشترين تاثير برخوردار مي باشد. خانم گيلاني در اين تحقيق خود از روش فرآيند تحليل سلسله مراتبي استفاده نموده است كه اين فرآيند مجموعه اي از قضاوت ها (تصميم گيري ها) و ارزش گذاري هاي شخصي به يك شيوه منطقي مي باشد. در اين تحقيق بيشتر اطلاعات لازم از طريق پرسشنامه و نيز با مراجعه به بانك ملت اخذ شده است.

6.دكتر رافيك نظريان و مرجان محمد اسماعيل در مقاله ای تحت عنوان "عوامل موثر بر جذب منابع سپرده اي خصوصي در شبكه بانك هاي تجاري و تخصصي دولتي كشور" در سال 1388 .

در اين مقاله به بررسي عوامل موثر بر جذب منابع سپرده اي بخش خصوصي در بانك هاي تجاري و تخصصي منتخب (دولتي) پرداخته شده است. الگوي برآورد بر اساس نظريه تقاضاي پول ميلتون فريدمن و ادبيات مرتبط به پس انداز افراد بر اساس دو گروه از متغيرها بنا شده است. گروه اول متغيرهاي اقتصاد كلان شامل، درآمد ملي، نرخ سود، نرخ ارز و شاخص بهاي املاك و مستغلات و گروه دوم متغيرهاي مختص صنعت بانكداري شامل تعداد شعب، حجم تسهيلات و تعداد پرسنل بانك ها است. دو مدل با استفاده از داده هاي سالانه شش بانك تجاري و چهار بانك تخصصي دولتي به صور ت مدل داده هاي تابلویی متوازن برای سال های 1386 تا 1378 براورده شده است . نتایج تخمین نشان می دهد در امد ملی نرخ سود واقعي و حجم تسهيلات اثر مثبت و نرخ ارز و شاخص بهاي املاك و مستغلات اثر منفي برروي ميزان جذب سپرده هاي بخش خصوصي در شبكه بانك هاي تجاري و تخصصي دولتي دارا است.تعداد شعب و تعداد پرسنل نيز آثار معناداري روي ميزان جذب منابع مالی پس انداز بخش خصوصی ندارد .

# 2-20.بانک صادرات

# 2-20-1.تاریخچه و بنیانگذار بانک صادرات

بانکداری به شيوه نوين در ایران از اوایل سال 1300 هجری شمسی بدلیل ضرورتهای اقتصادی و سیاسی آغاز شد اما از آنجائیکه نخستین بانکهای ایراني تا حدودي با حمايت دولت و در راستای تحقق خواست و منافع حکومت شکل گرفته بودند کمتر به جلب رضایت آحاد مردم توجه داشتند از اینرو به غیر از عده قلیلی که دارای مکنت و سرمایه زیادی بودند، اکثریت مردم ترجیح می‌دادند بجای پس‌‌انداز وجوه مازاد خود در بانکها، به رغم وجود تمامی مخاطرات احتمالی پولهای نقد خویش را در خانه نگهدارند بطوریکه براساس آمار منتشره در سال 1330 (هجری شمسی)؛ «از کل اسکناس و مسکوکات منتشره ایران تنها حدود 11 درصد آن در اختیار بانکها و 89 درصد مابقی آن در پستوهای منازل و صندوقچه‌های شخصی مردم و بعبارتی بصورت راکد و خارج از چرخه مالی و اقتصادی کشور نگهداری می‌شده است.

محمدعلى مفرح در نهم آبان سال ۱۲۹۴ در محله سرچشمه تهران به دنيا آمد. پدرش ابوالقاسم خان از كسبه و تجار معتبر بازار بزرگ تهران همواره كوشش داشت تا فرزندش خودساخته بار آيد و هميشه روى پاى خود بايستد. محمدعلى آنگونه كه پدر مى خواست بزرگ مى شود و ضمن تحصيل، مخارج خود را بى نياز از خانواده از راه كار كردن تامين مى كند. در عنفوان جوانى مدتى را نيز به كشاورزى در زمين پدرى خود كه در محدوده منطقه ياغچى آباد فعلى شهر تهران واقع شده بود مى گذراند. او در سال ۱۳۱۴ در رشته مهندسى الكترومكانيك دانشگاه تهران پذيرفته شده و پس از پايان تحصيلات به استخدام وزارت اقتصاد درمى آيد و در همين دوره با يكى از بستگان خود ازدواج مى كند كه ثمره اين ازدواج دو دختر و سه پسر بوده است. مفرح در وزارت اقتصاد به دليل درستكارى و تن ندادن به فساد مالى مورد غضب قرار مى گيرد و مقامش به شدت تنزل مى يابد.وى از اين شكست نااميد نمى شود و با اراده اى مصمم تر با پشتوانه وجدان و تقواى كارى ابتدا كانون كار و آموزش را در جنوب تهران جهت آموزش كارى جوانان جوياى كار پى ريزى مى كند و سپس با كمك دوستان و آشنايان خود روزنامه «مجد ايران» را به انتشار مى رساند. آنگاه كه سفارت انگليس خواست روزنامه را وارد بازى هاى سياسى كند روزنامه را يكسره تعطيل و به سراغ كارهاى بانكى رفت.مهندس به گروه موسسان اولين بانك خصوصى كشور يعنى بانك بازرگانى مى پيوندد و طى مدت كوتاهى پس از نمايش توانمندى هاى خود به سمت بازرس ويژه اين بانك ارتقاى سمت مى يابدب دوستان قديمى و گردانندگان سابق روزنامه منحل شده مجد ايران را گردهم مى آورد و با مشاركت آنان و عده اى از دوستان جديد شركت تجارى «سيروان» را بنيان مى گذارد. طى يكى از جلسات اين شركت شركا به صادرات پرمنفعت سنگ معدن اشاره مى كنند و خواستار تاسيس شركتى به اين منظور مى شوند كه در اين لحظه مفرح از جا برمى خيزد و به جاى راه اندازى يك شركت در زمينه صادرات سنگ معدن، پيشنهاد تاسيس يك بانك خصوصى را پيش مى كشد و مى گويد: «از كل اسكناس ها و مسكوكات منتشره تنها حدود ۱۱ درصد آن در اختيار بانك هاى ملى، سپه، رهنى و كشاورزى است و از ۸۹ درصد بقيه مقدار بسيار كمى براى داد و ستد نقدى در جيب و كيف مردم است و مابقى پول ها كه مقدارشان بسيار زياد است در صندوقچه هاى شخصى يا درون متكاها به صورت راكد مانده اند. پس اگر بانكى بيايد و اعتماد مردم را جلب كند ۸۹ درصد نقدينگى كشور را در اختيار خواهد گرفت و اقتصاد كشور را متحول خواهد ساخت.» اين استدلال مهندس مفرح استقبال شركا را براى تاسيس يك بانك خصوصى برمى انگيزاند و اينچنين سنگ بناى اوليه بانك صادرات بنيان نهاده مى شود.

محمدعلى مفرح در دومين سال (۱۳۳۳) فعاليت بانك صادرات درحالى كه ۳۸ سال بيشتر سن نداشت از سوى هيات مديره به سمت مديرعاملى اين بانك برگزيده مى شود و تا ۲۳ سال بعد با كمك هيات مديره هدايت اين بانك را برعهده گرفت.تاسيس دبيرستان بانكدارى يكى از شاهكارهاى مديريتى مفرح بوده است. اين دبيرستان كه به منظور تامين كار متخصص بانك تشكيل شده بود، از دانش آموزان علاقه مند براى تحصيل دعوت به عمل مى آورد و آنان پس از پشت سر گذاردن دوره چهارساله كلاس ها موفق به اخذ مدرك ديپلم بانكدارى از دبيرستان بانكدارى بانك صادرات كه مدارك آن از سوى نهادهاى ذيربط مورد تائيد بود مى شدند و در صورت تمايل به استخدام بانك صادرات نيز درمى آمدند.بانك صادرات با مديريت محمدعلى مفرح يك موفقيت بى نظير ديگر را نيز تجربه كرد و آن حضور شعب اين بانك در خارج از كشور بود. در مدت مديريت مفرح شعب خارج از كشور نيز همسو با شعب داخلى اما در مقياسى كوچك تر گسترش يافتند و بر اثر اين تلاش ها بانك صادرات هم اكنون نيز با برخوردارى از ۳۳۰۰ شعبه داخلى و ۲۵ شعبه خارجى داراى گسترده ترين شبكه شعب بانكى در كشور است. دارايى اين بانك هم اكنون بالغ بر ۱۷ هزار ميليارد ريال و منابع آن افزون بر 250 هزار ميليارد ريال است و تسهيلات اعطايى آن به مردم از مرز 210 هزار ميليارد ريال فراتر رفته و بزرگ ترين شركت فعال در بورس كشور (شركت سرمايه گذارى غدير) متعلق به اين بانك است.مفرح كه سال هاى سال براى تعالى بانك صادرات تلاش كرده بود روزهاى پايانى عمر را با آرامش در كنار خانواده اش گذرانيد تا اينكه در صبح بيست ودوم مهرماه سال ۶۱ بر اثر سكته قلبى روى در نقاب سرد خاك كشيد و در قطعه ۸۲ بهشت زهراى تهران به خاك سپرده شد(سایت بانک صادرات).

# 2-20-2.سرمايه اوليه بانك صادرات

سرمايه اوليه براي تاسيس بانك خصوصي طبق قانون آن روزگاران بايد به 20 ميليون ريال ميرسيد كه پرداخت نيمي از آن هم با تعهد پرداخت نيمي ديگر، قابل پذيرش اداره ثبت شركتها بود، اين سرمايه با خريد 76 سهم توسط آقايان جهانگير تفضلي و احمد جلاير كه از هيئت موسسين بانك بودند و سرمايه گذاري بقيه اعضاي هيئت مديره تامين گرديد و سهامداران با واگذاري سفته به هيات مديره تعهد نمودند 50 درصد بقيه تعهد خود را از محل سود ساليانه پرداخت نمايند.

بنیانگذاران بانک صادرات ایران با درک صحیح این موضوع بر آن شدند بمنظور جذب حداکثر نقدینگی کشور و شکوفایی اقتصادی، برای اولین بار در کشور بانکی براساس اصول مشتری‌مداری تأسیس کنند که به این ترتیب بانک صادرات ایران بعنوان یک بانک خصوصی و بصورت سهامی عام در اواسط سال 1331 با سرمایه 20 میلیون ریال که 50 درصد آن نقداً پرداخت شده بود، تشکیل شد و در 22 آبان همان سال با سیزده نفر پرسنل شروع بکار کرد درحالیکه خوش‌بین ترین افراد نیز با وجود بانکهای قدرتمند دولتی پیشرفت و موفقیت آن را پیش‌بینی نمی‌کردند.

ارایه تسهیلات بانکی بهتر به مردم، ایجاد شبکه گسترده بانکی در سراسر کشور، جلب سرمایه‌های داخلی و پس‌اندازهای هر چند کوچک، اعطای تسهیلات و سرمایه‌گذاری در کلیه فعالیتهای اقتصادی، اهداف اولیه بانک صادرات بودند.

بانک صادرات ایران از بدو تأسیس؛ نوآوری در ارایه محصولات و خدمات بانکی و احترام به مشتریان و مراجعان را بعنوان اصلی لاینفک در وجهه همت خود گمارد و با جامه عمل پوشاندن به شعارهای انتخابی خود یعنی «بانک صادرات ایران در خدمت مردم» و «حق با مشتری است» [[12]](#footnote-12)توانست طی مدت کوتاهی حجم زیادی از نقدینگی کشور را جذب و مهمتر از آن مردم را با نظام بانکی آشتی دهد.اولین شعبه خارج از کشور بانک صادرات ایران در سال 1340 در هامبورگ آلمان تأسیس و به راه افتاد و پس از آن شعب خارجی این بانک یکی پس از دیگری به افتتاح رسیدند. هم اکنون بانک صادرات ایران مالکیت 4 بانک مستقل دایر در خارج از کشور (بانک صادرات تاشکند، لندن PLC، فیوچر بانک بحرین و آرین بانک افغانستان) را در اختیار دارد و علاوه بر این واحدهای بانکی متعلق به این بانک در اروپا و آسیا بالغ بر 22 واحد است.

بانک صادرات ایران در حال حاضر عنوان گسترده‌ترین شبکه شعب بانکی ایران را با در اختیار داشتن 3300 شعبه فعال در اختیار دارد، سرمایه کنونی این بانک بالغ بر 20163 میلیارد ریال است و این بانک که از سال 1379 ارایه خدمات الکترونیکی (Online) را آغاز کرده، هم اکنون در زمینه‌های تعداد شعب آن لاین، تعداد دستگاه‌های ATM وpos و تعداد کارتهای صادره Debit پیشتاز و رکورددار نظام بانکی ایران است.  
گفتنی است پس از پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی در ایران بانک صادرات در هفتم خرداد ماه 1358 با تصویب لایحه‌ای از سوی مجلس محترم شورای اسلامی، ملی شد و در زمره بانکهای تجاری دولتی کشور جای گرفت.  
امروزه بانک معتبر و مردمی صادرات ایران با بهره‌مندی از بیش از نیم قرن تجربه علاوه بر پایبندی کامل به اصول اولیه خود و اجرای دقیق بانکداری غیر ربوی اسلامی می‌کوشد ضمن همسویی با بانکداری بین‌المللی از طریق رعایت اصول مشتری مداری و ارایه خدمات مطلوب و نوین بانکی سرآمدی خود را در بازار پر رقابت بانکی داخلی حفظ و ارتقاء بخشد و افزون بر این رضایتمندی مردم را جلب و همچنین آبادانی میهن اسلامی را رقم زند(سایت بانک صادرات).

# 2-20-3.شروع كار اولين شعبه و افتتاح بانك صادرات و معادن ايران

استقرار بانك در محدوده بازار تهران كه مركز معاملات و گردش پولي بيشتري بود در جلسه‌اي تصويب گرديد، اما اجاره محلي با موقعيتي مناسب در بازار، مستلزم پرداخت مبلغي كلان بابت هزينه سرقفلي بود كه در توان مالي بانك نبود بدين جهت موافقت شد براي شروع كار، يك ساختمان استيجاري به مساحت حدود 200 متر مربع، با چند اطاق در طبقه دوم سراي بنايي بازار تهران، واقع در كوچه تكيه دولت كوي مرغيها، با پرداخت هفتاد هزار ريال سرقفلي اجاره شود تا بعدها با توانايي و امكانات مالي بيشتر، محل مناسبتري براي شعبه بازار تهيه گردد كه در 22 آبان 1331 شعبه يك بازار افتتاح شد و در آبان 1337 مالكيت و انتقال آن به شعبه فعلي بازار عملي گرديد.

بانك صادرات و معادن ايران روز 15 شهريورماه 1331 با شماره 3832 به ثبت رسيد و اولين اقدام هيات مديره انجام تعميرات و تغييراتي در محل استقرار اولين شعبه بانك بود كه با برداشتن ديوارهاي بين سه اطاق از هفت اطاق، يك سالن معاملات به ابعاد 12\*8 با پنج باجه براي دريافت و پرداخت و انتقالي چكهاي واگذاري افتتاح حساب به وجود آمد و تعداد 4 اطاق براي بايگاني و تداركات «جهت لوازمات ضروري و ملزومات و مطبوعات» و اطاق مديريت عامل و هيات مديره در نظر گرفته شد و دقت به عمل آمد كه ساختمان بانك جلوه بسيار آبرومندي داشته باشد.

آنگاه آگهي افتتاح بانك صادرات و معادن ايران در روز 22/8/1331 انتشار يافت و در فاصله 15 شهريور تا 22 آبان ماه 1331 مقدمات اجرايي كار از استخدام كارمند تا ارتباطات و هماهنگي با ساير بانك‌ها فراهم شد. در روز افتتاح، موسسين و كارمندان بانك كه 25 نفر بودند به گرمي از مراجعين پذيرايي كردند و با دعوت از بازرگانان و صاحبان صنايع و اصناف بازار با وعده استفاده از اعتبارات كوتاه مدت با نرخ بهره و كارمزد كمتر، علاقه آنها را نسبت به انجام معاملات با بانك صادرات و معادن ايران جلب نمودند و با تلاشي پي‌گير براي شناساندن بانك به مردم فعاليت كردند و در پايان همان سال آنچه كه از ترازنامه بانك مشهود است، مجموع سپرده‌هاي مردم حدود 17 ميليون و ششصد هزار ريال و اعتبارات و تسهيلات اعطايي حدود 67 ميليون ريال و مجموع دارايي‌هاي بانك 44 ميليون و 200 هزار ريال و سود ويژه بانك حدود هفتصد هزار ريال بوده است. در حاليكه از سرمايه 20 ميليوني آن فقط 10 ميليون پرداخت شده بود.

با اين ترتيب پايه‌هاي بانك پي‌ريزي و پس از آن آيين‌نامه‌هاي معاملاتي و كارگزيني و غيره به تدريج تدوين شدند و براي مدير عامل و اعضاي هيات مديره بانك، كه تا پايان سال 1331 حقوق و دستمزدي دريافت نمي‌داشتند، ارقام 5000 ريال و 3000 ريال و براي كارمندان 1000 ريال تا 2000 ريال حقوق و مزايا پيش‌بيني گرديد و مشاوران حقوقي انتخاب گرديدند(سایت بانک صادرات).

# منابع فارسی

1. پیروز فر،اکبر(1380):ضمانت نامه های بانکی، بانک و اقتصاد ،شماره 16 .
2. چناری طنین (1388) بررسی تطبیقی جنبه های حقوقی تقلب در اعتبارات اسنادی ،پایان نامه کارشناسی ارشد، موسسه عالی بانکداری ایران .
3. حافظ نیا ،محمد رضا (1381): مقدمه ای بر روش تحقیق در علوم انسانی ،انتشارات سمت ،تهران ، چاپ اول.
4. حافظ نیا ،محمد رضا (1387): مقدمه ای بر روش تحقیق در علوم انسانی ،انتشارات سمت ،تهران ، چاپ سوم.
5. دارابی، رویا؛ مولایی، علی (1390): اثر متغیر های نقدینگی،تورم،حفظ سرمایه،تولید ناخالص داخلی،بر سود اوری بانک ملت ،مجله دانش مالی تحلیل اوراق بهادار،شماره 10 .
6. ساعی ارسی ،ایرج(1387): روش های پژوهش در علوم اجتماعی ،جلد اول :نظریه های شناخت و مفاهیم اساسی روش شناسی ،تهران ،راه ابریشم .
7. ساعی ارسی ،ایرج(1387): روش های پژوهش در علوم اجتماعی ،جلد دوم :روش های پژوهش کمی و کیفی ،تهران ،بهمن برنا .
8. ساعی ارسی ،ایرج(1389): روش های پژوهش در علوم اجتماعی ،جلدچهارم :مهارت های نوشتاری، تهران ،بهمن برنا .
9. شكرنژاد،جعفرصادق(1382)بررسي جنبه هاي حقوقي اعتبارات اسنادي تضميني و مقايسه آن با اعتبارات اسنادي عادي و ضمانت نامه هاي بانكي" ،،پایان نامه کارشناسی ارشد، موسسه عالی بانکداری ایران .
10. شهبازی نیا، مرتضی(1388): ماهیت حقوقی ضمانت نامة بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، فصلنامه مفید،شماره 43 .
11. علوی،سیدمحمود(1380):چارچوب پولی متکی بر هدفگذاری تورم و زمینه اجرای آن در ایران، پژوهشکده پولی و بانکی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
12. عیوضلو،حسین (1379):نگرشی به بحث ضمان و ضمانت نامه بانکی در بانک های اسلامی،تازه های اقتصاد، شماره 91.
13. غمامی،مجید (1378):بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی،نشریه حقوق،مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ،شماره 44.
14. فقیهی،محمد حسن (1389):ضمانت نامه بانکی، روابط عمومی بانک سینا،تهران،شماره 3 .
15. کاشانی،محمود(1385):ضمانت نامه بانکی،تحقیقات حقوقی،شماره 16 و 17 .
16. کاشانی،محمود(1389): بررسی نقش ضمانت نامه بانکی در تجهیز و جذب منابع بانک(مود مطالعه بانک رفاه استان تهران) ،بانک و اقتصاد ،شماره 25 .
17. گائو ايكس، يانگ؛ روس، پی بوكلي (1386): مطالعه تطبيقي در مورد قاعده تقلب و معيار آن در حقوق اعتبارات اسنادي، ،ترجمه ماشاالله بنا نیا سری،نشریه مرکز حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری،شماره36.
18. گائو ايكس، يانگ؛ روس، پی بوكلي(1385) ماهيت حقوقي ويژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادي: منشا اعتبارات اسنادي و منابع آن،ترجمه ماشاالله بنا نیا سری،نشریه مرکز حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره 35.
19. مجتهد،احمد(1387):خصوصی سازی بانک ها و تاثیر آن بر عملکرد نظام بانکی،انتشارات پژوهشکد پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران .
20. منصور صادقی گیلانی،بهاره(1388):بررسی عوامل موثربر بهبود مدیریت نقدینگیدر بانک ملت،پایان نامه کارشناسی ارشد ،دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.
21. مهدویان،محمدهادی،(1383)"طراحی چارچوب توسعه نهادها و ابزارهای غیرمستقیم سیاست پولی"،شانزدهمین همایش بانکداری ایران.
22. نظريان، رافيك؛ محمد اسماعيل، مرجان(1388)عوامل موثر بر جذب منابع سپرده اي خصوصي در شبكه بانك هاي تجاري و تخصصي دولتي كشور،فصلنامه علوم اقتصادی،سال سوم ،شماره 9.
23. ویسمه،مهدی(1389):بررسی نگرش خصوصی سازی و اثر بخشی ان در بانک ملی ایران (با تاکید بر شعب شرق تهران)،پایان نامه کارشناسی ارشد ،دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز .

# منابع انگلیسی

1. Abrol, P. N., & Sharma, S.D, 2003, Encyclopedic Dictionary of Financial Management, New Delhi: Anmol Publications PVT.LTD, Vol. 03.
2. Adams, Steve, & Periton, Paul, 2009, Fundamentals of Business Economics, UK: Oxford.
3. Bonits, Nick, & Dragonetti, Nicola C., & Jacobsen, Kristine, & Roos, Goran, 1999, “The Knowledge Toolbox: A Review of the Tools Available to Measure and Manage Intangible Resources”, European Management Journal, Vol. 17, No. 4.
4. Cook, Malcolm James, & Noyes, Janet M., & Masakowski, Yvonne, 2007, Decision Making in Complex Environments, USA: Ashgate Publishing Company.
5. Correia, Carlos, & Flynn, David, & Uliana, Enrico, & Wormald, Michael, 2007, Financial Management, South Africa- Cape Town: JUTA, 6th Edition.
6. Daft, Richard L., & Marcic, Dorothy, 2008, Understanding Management, USA: Cengage Learning, 6th Edition.
7. Durlauf, Steven, N., & Blume, Lawrence, E. 2008, the New Palgrave Dictionary of Economics, New York: Palgrave Macmillan, Vol. 7, 2th Edition.
8. Merna, Tony, & Al-Thani, Faisal F. 2008, Corporate Risk Management, England-West Sussex: John Wiley & Sons Ltd, 2th Edition.
9. Orford, Jim, & Sporston, Kerry, & Ernes, Bob, & White, Clarrisa, & Mitchell, Laura, 2003, gambling and Problem gambling in Britain, East Sussex: Brunner-Routledge.
10. Yaghi, Abdulfattah, 2008, “Leadership values influencing decision-making: an examination of nine Islamic, Hindu, and Christian nonprofit Institutions in the USA”, South Asian Journal of Management; Vol 15, 1.

# 

# منابع اینترنتی

http://www. Sid.ir

http://www.ensani.ir

http://www.bsi.ir

http://www.sinabank.ir/

http://www.sbank.ir/

1. - The beneficiary [↑](#footnote-ref-1)
2. - The principal [↑](#footnote-ref-2)
3. - Ie donner d/ordre [↑](#footnote-ref-3)
4. - The guarantor or the lssuing bank [↑](#footnote-ref-4)
5. - The underlying contract (Le contract de base) [↑](#footnote-ref-5)
6. - Bank - Guarantee [↑](#footnote-ref-6)
7. - Tender guarantee – bid bond [↑](#footnote-ref-7)
8. - performance bond [↑](#footnote-ref-8)
9. - First demand Guarantees [↑](#footnote-ref-9)
10. - Strict compliance principle [↑](#footnote-ref-10)
11. - Back Guarantee – Counter Guarantee – Indirect Guarantee [↑](#footnote-ref-11)
12. . customer is the king [↑](#footnote-ref-12)